Systematik der Abwehr im Wettbewerbsrecht

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung des Doktorgrades
einer Hohen
Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
(Rechtswissenschaftliche Abteilung)
der Eberhard-Karls-Universität zu Tübingen

vorgelegt von

Hans Dietrich Sekler

aus Stuttgart

Obmann: Prof. Dr. Eißer

1. Berichterstatter: Prof. Dr. Feine

2. Berichterstatter: Prof. Dr. Blomeyer

Tag der mündlichen Prüfung: 14. 9. 1939

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

1939

Buchdruckerei der Tübinger Chronik

Meinen Freunden
Speedy und Rudolf Schlichter
in tiefer Verehrung

Inhaltsverzeichnis

Seite

I. Kapitel: Was bedeutet Abwehr? (Die verschiedenen Gestaltungsmöglichkeiten der Abwehrtatbestände) . . . . . 7—12

II. Kapitel: Das Grundproblem 13

III. Kapitel: Abwehr — Notwehr . . . . . 13—14

IV. Kapitel: Die Hauptvertreter der Notwehr-Abwehrlehre . . . . . 15—31

1. Reimer . . . . . 15—22
2. Koehne 22
3. Callmann . . . . . 22—26
4. Rudloff-Blochwitz . . . . . 27—28
5. Exkurs über das Verhältnis der Einwendung der Abwehr zur Einrede der Arglist . . . . . 28—29
6. Zusammenfassende Kritik der Notwehr-Abwehrlehre . . . 29—30
7. Die Notwehr-Abwehrlehre und der Entwurf zum neuen Straf-Gesetzbuch . . . . . 30—31

V. Kapitel: Die Rechtsprechung des Reichsgerichts und der höheren Gerichte zur Frage der Abwehr gegen einen unlauteren Wettbewerbsangriff . . . . . 31—38

VI. Kapitel: Die nicht auf dem Boden der Notwehr-Abwehrlehre stehende Literatur . . . . . 38—40

1. Rosenthal, Elster 38
2. Becher 38
3. Baumbach 39
4. Jäger 40

VII. Kapitel: Gegenüberstellung der einzelnen Meinungen / Neue Fragestellung . . . . . 40—41

VIII. Kapitel: Das Rechtsgut des Wettbewerbsrechts . . . . . 42—58

1. Allgemeines . . . . . 42—46
2. Die historische Ueberwindung der geistigen Grundlagen der Privatrechtsgutstheorien . . . . . 46—51
3. Das neue Rechtsgut des Wettbewerbsrechtes . . . . . 51—58
   a) Die notwendige Folgerung aus dem nationalsozialistischen Umbruch . . . . . 51—52
   b) Die neueste Literatur . . . . . 52—54
   c) Die neueste Rechtsprechung des Reichsgerichts . . . . 54—55

d) Nerreter: Allgemeine Grundlagen eines deutschen Wettbewerbsrechts . . . . . 55—56
e) Die bisherige wettbewerbsrechtliche Gesetzgebung des Dritten Reiches . . . . . 56—57
f) Abschluß . . . . . 57—58
IX. Kapitel: Ablehnung des spezifischen Abwehrgedankens fürs Wettbewerbsrecht . . . . . 58—62
X. Kapitel: Die Zulässigkeit der Notwehr trotz Verletzung der Wettbewerbsordnung in besonderen Fällen . . . . . 62—71
1. Das Notwehrrecht des Wettbewerbers außerhalb des UWG. 62—63
2. Die Fälle der Doppelverletzung . . . . . 63—65
3. Nicht jedes Gut ist wehrfähig . . . . . 65—66
4. Die Güterkollision . . . . . 66—68
5. Güterabwägung / Die besonderen Notwehrfälle Becher, Baumbach . . . . . 68—71
XI. Kapitel: Betrachtung der Abwehrtatbestände unter einem anderen Gesichtspunkt als dem der Abwehr? . . . . . 71—77
1. Sittenwidrige Handlungen und die Unrechtsausschließungsgründe. Weiterer Konstruktionsfehler der Notwehr-Abwehrlehre . . . . . 71—73
2. Untersuchungen von an sich gegen § 1 UWG. verstoßenden Abwehrhandlungen auf eine innere Strukturwandlung . . . 73—77
XII. Kapitel: Die Rechtsprechung des Reichsgerichts zur Abwehr durch vergleichende bzw. persönliche Reklame unter einem neuen Gesichtspunkt . . . . . 78—89
1. Weg und Ziel der Untersuchung 78
2. Allgemeines über die vergleichende bzw. persönliche Reklame 78—79
3. Die Ausnahmen vom Verbot der vergleichenden bzw. persönlichen Reklame. Der den Ausnahmen zugrunde liegende Gedanke 79—82
4. Die Strukturveränderung der vergleichenden bzw. persönlichen Reklame in Abwehr eines Angriffes und deren Voraussetzungen . . . . . 82—87
5. Die Abwehr und der neue Entwurf zum Strafgesetzbuch . . 88—89
Schluß 90
Literaturverzeichnis . . . . . 91—92

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549608_0041

I. Kapitel: Was bedeutet Abwehr?

(Die verschiedenen Gestaltungsmöglichkeiten der Abwehrtatbestände)

Es gibt wohl nur wenige Wettbewerbsprozesse, wo der Beklagte nicht mindestens hilfsweise seine die Klage auslösende Handlung unter dem Gesichtspunkt der „Abwehr" betrachtet wissen will.

Die Vorstellungen, die sich der Verkehr vom Handeln in „Abwehr" macht, sind aber meist so allgemein gehalten, daß die verschiedenartigsten Tatbestände unter diesen Gesichtspunkt gebracht werden. Einer Einführung in die rechtliche Problematik der Abwehr im Wettbewerbsrecht, einer Kritik der verfochtenen Meinungen und ganz besonders einer Darstellung der für die „Abwehr" geltenden Rechtssätze muß daher, damit nicht von Anfang an Verwirrung hervorgerufen wird, eine allgemeine rechtliche Untersuchung der mit diesem Schlagwort in der Praxis belegten Tatbestände vorausgehen.

1. Abwehr ist kein Gesetzesbegriff wie die Notwehr, der ein vom Gesetz definierter Tatbestand zugrunde liegt und auch zunächst kein Rechtsbegriff, da der Ausdruck aus der Sprache des Lebens stammt.

Ausgangspunkt ist für uns daher der Begriff, wie er sich auf Grund der allgemeinen Denkgesetze ergibt. Abwehr bedeutet ein Abwehren, sich zur Wehr setzen, sich verteidigen gegen einen Angriff. Von einem Handeln in Abwehr kann daher nur dann gesprochen werden, wenn (und soweit) eine Handlung zur Verteidigung gegen einen Angriff geeignet und erforderlich ist. In vielen Fällen, wo der Beklagte die Abwehr heranzieht, übersieht er diesen Grundsatz, denn oft ist seine Handlung zur Abwehr des behaupteten Angriffs völlig ungeeignet oder überschreitet sie die Grenzen des Erforderlichen. Schon begrifflich kann hier nicht von Abwehr gesprochen werden. Hier liegt dann lediglich in Wirklichkeit eine Vergeltungs-Rache-Selbsthilfemaßnahme vor oder es soll eine selbständige Kampfmaßnahme getarnt werden.

Welche Klassifizierung das Recht und die Rechtswissenschaft mit dem angewandten Abwehrmittel oder dem vorgetragenen Angriff vornimmt, ist ganz gleichgültig für die allgemein philosophische oder phänomenologische Feststellung, dessen, was als Abwehr bezeichnet werden kann.

2. Solange sich aber das zur Abwehr verwandte Mittel im Rahmen der rechtlichen Befugnisse bewegt, ohne für sich allein betrachtet ein rechtlich anerkanntes Interesse zu verletzen, kann es nicht Gegenstand einer rechtlichen bzw. rechtsphilosophischen Untersuchung sein, denn dann ist nur zu sagen, daß es rechtlich zulässig ist. Erst dort, wo das Abwehrmittel für sich allein betrachtet rechtlich unzulässig, rechtswidrig bzw. sittenwidrig erscheint, beginnt die rechtliche Problematik, die Frage nämlich, ob ein solches Mittel eben wegen seines Abwehr-Verteidigungscharakters ausnahmsweise zulässig sein könne. Abwehr im Rechtssinne bedeutet daher notwendig die Inanspruchnahme eines Privilegs zur Vornahme von an sich unzulässigen, d. h. für sich allein betrachtet verbotenen Handlungen, mit der Begründung der Verteidigung. Soweit also der Beklagte fälschlicherweise, d. h. zur Rechtfertigung einer ohnehin zulässigen Handlung Abwehr geltend macht, z. B. weil er fälschlicherweise seine durchaus neutrale wettbewerbsgemäße Handlung, für eine „an sich" unzulässige, nur durch Abwehr gerechtfertigte ansieht, interessiert uns der Tatbestand nicht.

3. Eine weitere rechtliche Begrenzung der Abwehrtatbestände treffen wir, indem wir unser Thema spezialisieren. In dieser Arbeit soll nicht allgemein untersucht werden, welche Bedeutung dem Abwehrgedanken überhaupt im Rechte zukommt. Dies ist Gegenstand der allgemeineren Rechtslehre — insbesondere der Notwehrlehre des Zivil- und Strafrechts. Die dort aufgestellten Rechtssätze sind für uns im großen und ganzen gegebene Voraussetzungen. — (Allerdings kommen wir im Verlauf der Arbeit zu anscheinend anderen Endergebnissen. Bei genauerer Prüfung wird sich aber herausstellen, daß es sich nicht um eine Modifizierung der Notwehrgrundsätze, sondern um die Herausschälung der besonderen Wertungen des Wettbewerbes handelt.) — Gegenstand unserer Betrachtung ist vielmehr die Untersuchung der konkreten Auswirkung des Abwehrgedankens im Wettbewerbsrecht. Es interessieren uns daher nur solche rechtswidrigen Abwehrmittel, welche für sich allein betrachtet wettbewerbswidrig - (rechtswidrig) sind, d. h. gegen die Generalklausel oder die Spezialtatbestände des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb oder gegen seine Nebengesetze verstoßen. Dabei schließen wir uns der herrschenden Meinung an, nach der die gegen die guten Wettbewerbssitten verstoßenden Handlungen rechtswidrig sind *).

Da von wettbewerbswidrigen Handlungen nur dann gesprochen werden kann, wenn Handlungen zu Wettbewerbszwecken im geschäftlichen Verkehr

*) Vgl. Enneccerus-Lehmann a. a. O. § 230 II 4 u. Anm. 11, Reichel JW 29/1219, so auch Baumbach schon in seiner 1. Aufl. 1929 IX A S. 168.

vorgenommen werden, so ist an diesem Platz darauf hinzuweisen, daß der Abwehrzweck einer Handlung, wenn die sonstigen Voraussetzungen für die Bejahung des Wettbewerbszwecks gegeben sind, nie diesen Charakter nehmen kann. Die Förderung des eigenen Unternehmens durch Handlungen des geschäftlichen Verkehrs kann ebensogut durch Verhinderung von Verlusten (Abwehr) wie durch Herbeiführung von Gewinn geschehen. (So auch das Reichsgericht in ständiger Rechtsprechung z. B. RG. MuW. 27/28/256, Rudloff-Blochwitz S. 57, Callmann Anm. 23 b zu § 1). Hinzu kommt noch, daß, genau wie beim Gewerbetreibenden eine Vermutung für Handeln zu Wettbewerbszwecken dann spricht, wenn er im allgemeinen Rahmen seines Geschäfts eine Handlung vornimmt (Baumbach 1938 Allgem. VII 5 B), so allein aus dem Umstand, daß sich ein Gewerbetreibender gegen einen wettbewerbswidrigen Angriff wehrt, auf den Wettbewerbszweck seiner Abwehrhandlung zu schließen ist.

4. Der Angriff, gegen den die Abwehr gerichtet ist, kann, was seine rechtliche Klassifizierung anlangt, bei rechtlich voraussetzungsloser Betrachtung von sehr unterschiedlicher Art sein. Angriff bedeutet lediglich ein Verhalten, das auf die Herbeiführung oder die Veränderung eines Zustandes unter Verletzung eines Interesses gerichtet ist. Ein Angriff im natürlichen Sinne braucht aber nicht begrifflich eine rechtswidrige Verletzung eines Interesses herbeiführen. Gerade im Wettbewerb wird der Mitbewerber sehr viele Wettbewerbshandlungen seines Konkurrenten als Angriff gegen sein Unternehmen auffassen, ohne daß eine wettbewerbswidrige Handlung desselben, also eine Verletzung eines rechtlich anerkannten Interesses vorliegt, da es ja das erlaubte Ziel jeden Wettbewerbes ist, den Sieg über den Gegner auf Kosten desselben beim Kampf um den Kunden zu erringen.

Man wird nun im Anschluß an die Notwehr sagen, daß für die Abwehr solcher „Angriffe" nichts Besonderes gelten könne und daher diese Fälle aus unserer Betrachtung auszuscheiden haben. Denn nur gegenüber rechtswidrigen Angriffen könne überhaupt überlegt werden, ob an sich wettbewerbswidrige Abwehrmaßnahmen angewandt werden dürfen (vgl. III. Kapitel, S. 13—14). (Scharf abzutrennen sind hier die grundsätzlich anders gelagerten Fälle des Notstandes.) Dies entspricht der jedem positiven Rechtssystem immanenten Idee, daß Rechtsgüter gegenüber rechtswidrigen Angriffen auch unter Bruch der Rechtsordnung verteidigt werden dürfen. Recht braucht Unrecht nicht zu weichen. Die Unrechtskompensation erhält ihre Rechtfertigung durch den ethischen Gedanken der Verteidigung einer befriedeten Welt. Noch wesentlicher und von viel allgemeinerer Bedeutung ist aber jedem Recht auch der Gedanke, daß ein Bruch der Rechtsordnung zur Verteidigung von

Rechtsgütern, die nicht in rechtswidriger Weise angegriffen sind, nicht erlaubt ist. Die Verneinung dieses Grundgesetzes würde die rechtliche Anarchie bedeuten. Es gäbe dann keine rechtliche Befriedung mehr und keinen objektiven Anhaltspunkt für die Beurteilung der Berechtigung der Verteidigung. In unserer Rechtsbetrachtung kann daher von Abwehr im eigentlichen Sinne nur dann gesprochen werden, wenn ein wettbewerbswidrig-rechtswidriger Angriff abgewehrt werden soll. Es ist also eine Abwehr im Rechtssinne und eine Abwehr im natürlichen Sinne streng zu unterscheiden. Letztere wird uns nur einmal noch beschäftigen, und zwar bei der Beurteilung von monopolistischen Maßnahmen (XI. Kapitel 2 c, S. 75—77); wir werden aber sehen, daß auch dort keine Durchbrechung unseres Grundgesetzes stattfindet.

5. Im allgemeinen wird der Beklagte behaupten, er habe sich gegen das Verhalten des Klägers wehren müssen; oft kommt es aber vor, daß der Kläger nur für das Verhalten eines Angestellten oder Vertreters nach § 13 III UWG. einzustehen hat. Dies ist ein tatbestandsmäßiger Unterschied, wenn auch die rechtlichen Folgen kraft gesetzlicher Definition die gleichen sind. Denkbar ist aber der Fall, daß der Kläger weder angegriffen hat noch für den Angriff eines seinem Machtbereich Unterworfenen haften muß, und daß trotzdem der andere durch eine Abwehrhandlung gegen einen rechtswidrigen Angriff die klägerischen Interessen notwendigerweise mit betroffen hat. Beispiel: Der Händler lobt unter Herabsetzung des Produkts des B das des A. B klärt nun den Händler und dessen Kunden, denen gegenüber die B betreffenden Äußerungen getan hat, zur Abwehr über die Fehler der Produkte des A auf. Nun erhebt A Klage gegen B. In diesem Falle sind Angreifer und Kläger zwei verschiedene Personen.

6. Auch bezüglich des durch die Abwehrhandlung wahrgenommenen Interesses sind verschiedene tatsächliche Möglichkeiten zu unterscheiden. Der Beklagte verfolgt mit seiner Abwehrhandlung meist eigene Interessen; mitunter behauptet er aber auch, fremde Interessen, — die eines Mitbewerbers — eines anderen Gewerbetreibenden — oder die der Allgemeinheit vor einem Angriff geschützt zu haben.

Dient er dem Schutz der Interessen eines Mitbewerbers oder sonstigen Gewerbetreibenden (ein Kunde setzt sich für eine Firma, die er schätzt, ein), so liegt der Fall wesensmäßig gleich, wie wenn er eigene Wettbewerbsinteressen zu schützen beabsichtigte (vgl. z. B. Baumbach über das Handeln zu Wettbewerbszwecken, a. a. O. 1938 Allg. VII 5 B S. 35).

Handelte der Beklagte wirklich n u r zum Schutze der Allgemeinheit, so ist die Abwehrhandlung überhaupt keine Wettbewerbshandlung. Dieser Fall würde daher aus unserer Betrachtung ausscheiden. Im allgemeinen ist aber

ein solches Handeln ausschließlich zum Schutze der Allgemeinheit nicht gegeben, denn grundsätzlich handelt der Gewerbetreibende — und um diesen dreht es sich fast ausschließlich, — im geschäftlichen Verkehr zu Wettbewerbszwecken. Baumbach a. a. O. 1938 § 1 Anm. 4 H sagt S. 88: „Wahrung fremder Interessen scheidet hier (bei der vergleichenden Reklame) aus, Werbung dient ausschließlich eigenem Vorteil."

Es sind aber Fälle denkbar, wo neben dem Schutz der eigenen Wettbewerbsinteressen auch der Schutz der Allgemeinheit mit erreicht und gewollt wird, nämlich dann, wenn die Allgemeinheit gleichzeitig mit dem Beklagten durch einen rechtswidrigen Angriff bedroht wird. Beispiele: Der Händler A warnt vor dem Kauf beim Händler B, da dieser nachweisbar immer wieder gestohlene Sachen zu billigen Preisen feilhält. Das Verhalten des B verstößt gegen die guten Wettbewerbssitten (sog. Schmutzwettbewerb), gleichzeitig fällt es unter § 263 StGB. und § 823 II BGB., da B seinen Käufern kein Eigentum verschaffen kann. A handelt zur Abwehr des Wettbewerbsverstoßes und des rechtswidrigen Angriffes auf das Vermögen der evtl. Käufer.

B stellt künstlichen Essig her, der besonders billig ist. Der Naturessigfabrikant A weist in der Öffentlichkeit darauf hin, daß der Essig des B ein starkes Gift sei und — was auch der Wahrheit entspricht — viele Vergiftungen mit Todesfolge herbeigeführt habe. A handelt einerseits in der Absicht sich gegen die sittenwidrige Konkurrenz des B (vgl. RG. MUW. 32/84) zu wehren, andererseits verhindert er die rechtswidrigen Angriffe des B auf die Gesundheit und das Leben der Verbraucher.

Scharf zu unterscheiden ist von diesen Tatbeständen der sog. unlautere Wettbewerb zugunsten der Allgemeinheit. Dieser hat mit Abwehr nichts zu tun. Beispiel: A weist darauf hin, daß das Produkt des B aus geringwertigen Stoffen hergestellt sei, weswegen der hohe Preis eine Ausbeutung des Publikums darstelle. — A hält die gegenüber dem Fabrikanten B eingegangene Preisbindung nicht ein, um, wie er behauptet, der Allgemeinheit durch niederere Preise zu nützen. Hier liegt kein Angriff des A gegen das Publikum oder den „Abwehrer" vor.

Ähnlich liegt der Fall, wenn ein Zahnarzt Patienten darauf aufmerksam macht, daß ein Kollege lungenleidend sei, es sei denn dessen Krankheit sei so vorgeschritten, daß die Patienten der akuten Ansteckungs- und Übertragungsgefahr ausgesetzt sind.

9. Die Tatbestände, bei denen von Abwehr richtigerweise gesprochen werden kann, sind, wie sich aus unseren vorhergehenden Ausführungen ergibt, trotz Ausscheidung der außerrechtlichen Abwehr noch immer mannigfaltig. Im

folgenden wollen wir grundsätzlich von einem Normalabwehrtatbestand ausgehen, d. h. von dem in der Praxis häufigst vorkommenden und den meisten Erörterungen in der Literatur zugrunde liegenden.

Ganz eindeutig formulieren diesen Tatbestand Rudloff-Blochwitz a. a. O. S. 103: „Der Abwehreinwand will besagen, daß die an sich unzulässige Wettbewerbshandlung ausnahmsweise erlaubt sei, weil sie zur Abwehr einer unerlaubten Wettbewerbshandlung des Gegners gedient habe."

Im Anschluß an diesen Normaltatbestand wird auf die verschiedenen tatsächlichen Differenzierungen — die nur teilweise eine Sonderbehandlung erfordern — eingegangen werden.

10. Zur Förderung der plastischen Anschauung der Probleme ist es von Nutzen sich schon an diesem Platze zu vergegenwärtigen, bei welchen Wettbewerbshandlungen der Gesichtspunkt der Abwehr in der Regel praktisch wird. Es sind dies nämlich aus der Unzahl der vorkommenden Wettbewerbshandlungen, wenn man die Rechtsprechung überblickt, eigentlich nur die Fälle der Befassung mit der Ware, den gewerblichen oder persönlichen Verhältnissen des Mitbewerbers (vergleichende bzw. persönliche Reklame) und allenfalls die monopolistischen Maßnahmen (z. B. Boykott, Sperre, Preisunterbietung). Dies ist nicht von ungefähr so, denn die meisten anderen Wettbewerbshandlungen beschränken sich auf die Förderung und Beschleunigung des eigenen Laufes zum Kunden, ohne eine direkte Einflußnahme auf das Verhalten des Gegners, während die vergleichende Reklame und die monopolistischen Maßnahmen sich ihrem Wesen nach direkt mit dem Verhalten des anderen befassen, und womöglich eine Korrektur desselben erzwingen wollen. Sie sind daher vorzüglich geeignet, gegebenenfalls eine abwehrende Wirkung gegen ein bestimmtes Verhalten des Gegners zu entfalten, während andere Handlungen höchstens unter dem Motto „Wie du mir, so ich dir" betrachtet werden können.

In der Literatur wird theoretisch ein allgemeiner gehaltener Standpunkt vertreten, praktisch aber bewendet es doch bei den von der Rechtsprechung angeführten Abwehrfällen. (Z. B. Reimer a. a. O. I, Kapitel 20, Anmerkung 5 (S. 162); II, Kapitel 113, Anmerkung 6 (S. 556), Kapitel 112, Anmerkung 7, 11 (S. 557); Callmann a. a. O. § 1, Anmerkung 25 b, 27, 32 a, 72, 73, 73 a; Rudloff und Blochwitz, S. 105, 229, 258; Baumbach 1938 Allgem. XI 2 A (S. 52), § 1, Anmerkung 4 H und 6 B, C (S. 87 und 90).

II. Kapitel: Das Grundproblem

Die grundsätzliche Frage, ob und wieweit grundsätzlich an sich unlautere Abwehrmittel angewandt werden dürfen, wird — wenn man die große Linie betrachtet — sehr verschieden beantwortet. Die eine Seite — und es sind dies namhafte Schriftsteller — legt die Hauptbetonung auf die Zulässigkeit unlauterer Mittel, während die andere Seite — die Gerichte, insbesondere das Reichsgericht — dies scheinbar generell verneint. Tatsächlich werden sowohl von der einen wie der anderen Seite Ausnahmen gemacht. Daß die Frage nicht mit einem einfachen Ja und Nein beantwortet werden kann, daß die gegensätzlichen Meinungen — bewußt oder unbewußt — auf einer tiefgehenden Gegensätzlichkeit über die Grundzusammenhänge des Wettbewerbsrechts beruhen und eine befriedigende Antwort nur durch eine Untersuchung derselben erreicht werden kann, soll in dieser Arbeit gezeigt werden.

III. Kapitel: Abwehr — Notwehr

Wenn untersucht wird, inwiefern eine Handlung infolge ihres Verteidigungs- und Abwehrcharakters über die Grenzen des sonst Erlaubten hinaus gestattet ist, so empfiehlt es sich von selber, daß hierfür das Verteidigungsinstitut unseres Rechtes, die Notwehr als Prüfstein herangezogen wird.

Eine ganze Anzahl von Schriftstellern geht denn auch bei der Betrachtung der Abwehr im Wettbewerbsrecht von der Notwehr aus, meistens ohne eine Besonderheit, die sich vielleicht aus der Tatsache, daß die Tatbestände dem Wettbewerbsrecht angehören, ergeben könnte, anzumerken.

Callmann (JW. 30/1652, a. a. O. § 1, Anmerkung 21 ff., S. 142) und Baumbach (1. Auflage, 1929, L V 7 B, S. 532) haben den bis dahin in der Rechtsprechung verwandten schillernden Begriff der Abwehr zuerst auf die Notwehr zurückdefiniert. Köhne erweiterte dann in seinem Aufsatz „Die Zulässigkeit von Abwehrmaßnahmen im Wettbewerb" (MuW. 32/66) diese Lehre. Er setzte sich insbesondere mit der Stellung der Gerichte zur Frage der Abwehr auseinander; die bekannte Entscheidung des Reichsgerichts im Leipziger Zeitungsstreit (JW. 1915/914), die zur Rechtfertigung einer zu Wettbewerbszwecken aufgestellten Beleidigung die Notwehr herangezogen hatte, wurde zum Ausgangspunkt seiner Darlegungen. Auf die einzelnen Feststellungen dieses Aufsatzes bezieht sich die Literatur von da an immer wieder, so Callmann a. a. O. § 1, Anm. 23, später auch Reimer I, Kapitel 20, Anmerkung 2, S. 159.

In der Rechtsprechung der obersten Gerichte hatte man damals im Anschluß an Rosenthal für Abwehrmaßnahmen „einen lockeren Maßstab und weitgehende Zulassung" verlangt. Es wurde aber nicht scharf unterschieden zwischen Abwehrmaßnahmen gegen lauteren und unlauteren Angriff (vgl. die von Koehne zitierten Entscheidungen RGZ. 92/111 u. JW. 27/112), dementsprechend kam es in den damaligen Entscheidungen nie klar heraus, welche Bedeutung dem Abwehrgedanken im Wettbewerbsrecht zukommen sollte (vgl. Rosenthal a. a. O. § 1, Anmerkung 30 und die dort aufgeführten Entscheidungen). In diesen Entscheidungen konnte man nebeneinander folgende Sätze lesen: „Auch Abwehrmaßnahmen können gegen die guten Sitten verstoßen, der Zweck der Abwehr rechtfertigt nicht unzulässige Mittel anzuwenden." „Grundsätzlich ist eine weitgehende Zulassung von Abwehrhandlungen angebracht." Die hier hervortretende Vermengung des rechtlichen Abwehrbegriffes und der Abwehr im natürlichen Sinne (vgl. unsere Ausführungen I. Kapitel 2 und 4, S. 8, 9—10) beschwor eine ungeheure Verwirrung in der Auseinandersetzung über das Abwehrproblem im Wettbewerbsrecht herauf.

Ursprünglich bedeutete die völlig unklare Anregung Rosenthals in der Praxis nur die Schaffung einer zwar nicht mehr ganz einwandfreien, aber doch noch nicht rechtlich verfolgbaren Wettbewerbssphäre, die die allzuscharfe Trennung von Erlaubtem und Unerlaubtem gegebenenfalls der Materie und der menschlichen Natur Rechnung tragend, mildern sollte. Auf solche Weise wurden harte Fehlurteile vermieden. Bei diesem Stand des Problems war es verdienstvoll, durch Anwendung der Notwehrgedanken etwas Systematik in dieses Gebiet hereinzubringen. Endlich wurde der grundsätzliche Unterschied zwischen der Abwehr eines unlauteren und eines lauteren Wettbewerbsangriffes erkannt. Nur im ersten Falle sind „Abwehrmaßnahmen, d. h. Maßnahmen, die an sich unerlaubt sind" (Koehne a. a. O., S. 66, Spalte 2) zulässig. Soweit der Begriff der Abwehr darüber hinaus gebraucht wurde, wird er als rechtlich unerheblich erklärt, „denn für Maßnahmen gegen zwar ungewöhnliches aber nicht unerlaubtes Vorgehen des Wettbewerbsgegners gilt nichts Besonderes" (Koehne a. a. O., S. 70, Callmann JW. 30/1650). Das ist die Abwehr im Rechtssinne (vgl. I. Kapitel 2 und 4). Die Zulassung von an sich unerlaubten Abwehrmaßnahmen kann aber — so wurde weiter gefolgert — nur nach den Grundsätzen der Notwehr erfolgen, und so wird Abwehr und Notwehr grundsätzlich identisch (Koehne a. a. O., S. 66, 69, 70).

IV. Kapitel: Die Hauptvertreter der Notwehr-Abwehrlehre

1. Reimer (a. a. O. I, S. 159—162)

Reimer hat die Notwehr-Abwehrlehre — wie wir die Identifizierung der Abwehr mit der Notwehr der Einfachheit halber nennen wollen — systematisch am konsequentesten und bereits völlig losgelöst von der Entstehungsgeschichte des Begriffes „Abwehr" vorgetragen. Seine Darlegungen sollen daher im folgenden als Kennzeichnung aller Notwehr-Abwehrlehren eingehend nach seinen Gedankengängen über die allgemeinen Grundlagen des Wettbewerbsrechts behandelt und vor allem an den für die Notwehr in Zivil- und Strafrecht entwickelten Grundsätzen geprüft werden. Anschließend werden die Auslassungen der sonstigen Vertreter dieser Lehre, soweit sie eine Besonderheit zeigen, erörtert.

Hierzu ist vor allem die temperamentvolle, die Notwehr-Abwehrlehre kurz skizzierende Kritik Hartwig Jägers (a. a. O. S. 60—64) zu vergleichen.

1. Da Reimer davon ausgeht, daß durch das Wettbewerbsrecht ein dem einzelnen Wettbewerber zustehendes Rechtsgut geschützt ist, das zwar nicht als absolutes aber doch als subjektives Recht am Unternehmen zu denken ist (Reimer I, 2. Kapitel, Anmerkung 31—33, S. 64—67), so ist es für ihn eine Selbstverständlichkeit, die nicht erörtert wird, daß der einzelne zum Schutze dieses Rechtsguts gegen wettbewerbswidrige Angriffe Notwehr-(Abwehr) üben kann; und weiter ist es selbstverständlich, daß jeder Wettbewerbsverstoß eines Mitbewerbers einen rechtswidrigen Wettbewerbsangriff gegen das Rechtsgut des konkurrierenden Wettbewerbers darstellt (Reimer a. a. O. I, 2. Kapitel, Anm. 33, S. 67).

Das gleiche gilt, wenn man ein absolutes Recht am Unternehmen (Callmann a. a. O., S. 32) oder das Kohler-Lobesche Persönlichkeitsrecht als Schutzgut zugrunde legt.

Zur Verdeutlichung dessen, was hiemit gemeint ist, sei eine Äußerung des OLG. Hamburg (MuW. 38/108) angeführt: „Wenn der Beklagte behauptet, in Abwehr gegen eine den § 3 UWG. verletzende Handlung des Klägers gehandelt zu haben, so kann schon demnach der Kläger nicht damit gehört werden, daß er, der Kläger, ja gar keinen Angriff gegen den Beklagten und dessen Erzeugnisse begangen habe."

Untersuchen wir nun, was Reimer über die einzelnen Tatbestandsmerkmale aussagt.

a) Was über die Begriffe Angriff und Rechtswidrigkeit vorgetragen wird, hält sich durchaus im Rahmen der üblichen Erörterungen der Notwehrlehre

des Zivil- und Strafrechts. Merkwürdig berührt aber, daß Reimer die Entscheidung RGZ. 76/35 (36) als einen Anwendungsfall seines Begriffs der Abwehr zitiert, obwohl dort gar kein rechtswidriger Angriff vorliegt!! (a. a. O. II, 113. Kapitel, Anmerkung 7, S. 557). Es handelt sich um Boykottmaßnahmen eines sozialdemokratischen Arbeitervereines, dem der Saal eines Gasthauses, das der Gemeinde gehörte, zu geschlossenen Veranstaltungen nicht freigegeben wurde, obwohl die Arbeiterschaft in erheblichem Maße durch ihren Besuch der Bierhalle zum wirtschaftlichen Bestehen des Gasthauses beitrug. Es zeigt sich hier schon die auffallende Inkonsequenz der Notwehr-Abwehrlehre, auf die wir im Laufe der Arbeit immer wieder stoßen. — Daß die Feststellung, wer Angreifer und wer Verteidiger ist, im Wettbewerbsrecht oft sehr schwer nur getroffen werden kann, wie Reimer (S. 159) im Anschluß an Nolting-Hauf (GRUR. 31/343) meint, ist für die rechtliche Würdigung hier gleichgültig, wie schon zutreffend Callmann a. a. O. § 1, Anmerkung 72 gegen Nolting-Hauf ausgeführt hat. — Um die Darstellung flüssig fortführen zu können, lassen wir die Frage der Anwendung der Notwehrkonstruktion auf sittenwidrige Abwehrhandlungen beiseite (vgl. aber XI. Kapitel, 1, S. 71—73).

b) „Der Angriff muß gegenwärtig sein. Der Beklagte kann sich nicht darauf beziehen, daß er vor längerer Zeit angegriffen worden sei (Koehne), die frühere Angriffshandlung des Klägers muß also in die Gegenwart fortwirken. In dem Augenblick, in dem diese Fortwirkung beendet ist, hört auch das Recht zur besonderen Abwehrmaßnahme auf" (Reimer a. a. O. I, 20. Kapitel, Anmerkung 3, S. 160). Rudloff und Blochwitz S. 103 geben hierzu ein anschauliches Beispiel: „Gegenwärtig ist ein solcher Angriff auch dann, wenn er schon begangen wurde, aber in seinen Wirkungen noch andauert. Beispielsweise dauert der durch eine üble Nachrede oder Verleumdung (§ 14 und 15 UWG.) begangene Angriff noch so lange an, wie sich der Dritte in seiner Meinung über den Verletzten bestimmen läßt."

Der Satz, daß ein Angriff so lange gegenwärtig ist, als seine Wirkung andauert, mag den, der die Strafrechtsliteratur betrachtet, überraschen, denn auf einen strafrechtlichen Tatbestand übertragen, scheint er zu bedeuten, daß gegen den Dieb so lange Notwehr gegeben ist, als dieser die gestohlene Sache dem Eigentümer vorenthält. Trotzdem ist, was Reimer und Rudloff-Blochwitz über die Gegenwärtigkeit des Angriffes gesagt haben, im Wettbewerbsrecht richtig. Der Natur des Wettbewerbslebens nach geschehen fast alle Angriffe in Abwesenheit dessen, dem der Angriff gilt. Der Wettbewerber greift seinen Gegner ja gegenüber dem Kunden an und der Verletzte erfährt oft erst nach längerer Zeit vom Angriff. Von ausschlaggebender Bedeutung ist daher die

Frage, wie lange ein Angriff über die formelle Verletzung (Verletzung des Handlungsobjektes) hinaus noch andauert.

Einen guten Überblick über die Problematik und die verschiedenen Ansichten geben Martin Ridder (a. a. O. § 6, insbesondere S. 27, 30—32, 38) und Jesse (a. a. O. S. 15—19).

Nach herrschender Lehre ist ein Angriff so lange noch gegenwärtig als der Angriff auf das durch die Norm geschützte Rechtsgut noch andauert. Ist der Angriff schon in die Verletzung übergegangen, so ist er noch so lange gegenwärtig, als die Zufügung einer neuen oder die Vergrößerung der bereits eingetretenen Verletzung des Schutzobjektes durch das Verhalten des Angreifers unmittelbar bevorsteht. Die Fortdauer des Angriffs hängt demnach sehr von der Art des Schutzobjektes ab (vgl. das Delikt der Freiheitsberaubung). Aber auch dort, wo es sich nicht um ein Dauerdelikt handelt, kann der Angriff auf das Schutzobjekt nach eingetretener Verletzung noch andauern. Vgl. das Schulbeispiel von dem Dieb, der mit der gestohlenen Sache flieht. Während der Dieb vor den Augen des Eigentümers flieht, ist er im Begriffe, das Vermögen des Eigentümers womöglich endgültig zu schädigen. Daher ist Notwehr gegen den Flüchtenden gegeben (RGStr. 55/82, 60, 277, Kommentar von Reichsgerichtsräten 1939, I, § 227, Anmerkung 4, vgl. Ridder a. a. O.).

Wie sieht nun das durch die Wettbewerbsgesetze geschützte Rechtsgut aus? Nach Reimer (I, 2. Kapitel, IV, S. 58—64) ist das Unternehmen in seinem Haben und Habensollen, in seinen Unternehmensbestandteilen und seinen Chancen geschützt. Und zwar wirkt sich dieser Schutz in jedem zeitlichen Augenblick in der Weise aus, daß ein anderer Wettbewerber nicht *etwas* (z. B. Kunden) auf Grund eines Verstoßes gegen das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb haben soll. Geschützt ist mit anderen Worten die ungestörte, den gesetzlichen Bestimmungen entsprechende Fortwirkung und Fortbildung eines Seins.

Hieraus ergibt sich, daß die Verletzung des geschützten Rechtsguts mit der Vollendung des formellen Wettbewerbsverstoßes keine endgültige ist, sondern in jedem denkbaren Zeitabschnitt neu verletzend fortwirkt, solange als die Aussichten des Unternehmens auf Kundenerwerb durch redlichen Leistungswettbewerb infolge des einmal geschehenen Angriffes gestört sind. Daher ist es im Sinne der Notwehr-Abwehrlehre richtig zu sagen, der Angriff sei so lange gegenwärtig, als seine Wirkung andauert. Wann die Wirkung eines Angriffes aufgehoben ist, läßt sich darnach theoretisch nicht bestimmen, weil die Dauer ganz von seiner Art und Intensität abhängt. Einen gewissen Anhaltspunkt mag die seit seiner Vornahme verflossene Zeit geben (z. B. RG. MuW.

XIII/328). Verjährung schließt aber u. E. die „Gegenwärtigkeit" eines Angriffes nicht notwendig aus, da sie keinen Unrechtsausschließungsgrund darstellt.

Reimer (I, 20. Kapitel, Anmerkung 3 am Ende, S. 160) will gegen eine unmittelbar drohende Verletzung zwar die Unterlassungsklage, nicht aber eine Notwehrhandlung gewähren. Stellt man die ganze Behandlung der Abwehr, wie Reimer es tut, auf die Notwehr ab, so ist hierfür keinerlei Grund einzusehen; zumal gerade die Abwehr eines unmittelbar bevorstehenden Angriffs der Hauptfall der Notwehr ist. Reimer bleibt uns die Begründung für diese wichtige „Umbildung" der Notwehr schuldig, und begeht auch noch den Fehler von der Unzulässigkeit einer solchen „selbsthilfeartigen" Abwehrmaßnahme zu sprechen (Notwehr ist nicht Selbsthilfe).

Die von den anderen Notwehr-Abwehrvertretern, z. B. Callmann, zugrunde gelegten Rechtsgüter sind sich darin gleich, daß sie nicht einen einmaligen Zustand, sondern ein Sein in seiner Fortwirkung durch die Wettbewerbsgesetzgebung als geschützt ansehen, so daß sich auch für andere Privatrechtsgutstheorien die Frage der Gegenwärtigkeit eines Angriffes gleich beantwortet.

Eine anders geartete Möglichkeit, die Gegenwärtigkeit eines Angriffes über die Verletzung des Handlungsobjektes hinaus zu bejahen, ist noch kurz zu erörtern. Bei einem Wettbewerbsverstoß nimmt die herrschende Rechtsprechung oft allein schon auf Grund der Tatsache, daß ein Handeln zu Wettbewerbszwecken vorliegt, die Wiederholungsgefahr an und gibt den Unterlassungsanspruch (vgl. Rudloff und Blochwitz S. 78 oben). Da der Angriff gegenwärtig ist, wenn die Wiederholung des Angriffs unmittelbar bevorsteht, so taucht für die Notwehr-Abwehrvertreter konsequenterweise die Frage auf, ob allein die Tatsache, daß eine unlautere, Wettbewerbszwecken dienende Handlung vorliegt, zur Annahme eines gegenwärtigen rechtswidrigen Angriffes ausreicht. U. E. genügt eine solche Sachlage zur Auslösung der Notwehr nicht, da bei der Prüfung, ob eine Wiederholungsgefahr besteht, auf die Unmittelbarkeit der Wiederholung nicht abgestellt wird.

Bis auf die Verneinung der Gegenwärtigkeit des Angriffes bei lediglich drohender Verletzung erscheinen die von Reimer entwickelten Grundsätze zum Tatbestandmerkmal der Gegenwärtigkeit formalrechtlich nicht zu beanstanden, doch gibt die ungeheure Abstraktion, welcher der natürliche Begriff der „Gegenwärtigkeit" unterworfen wird, dem unvoreingenommenen Rechtsbetrachter nicht das Gefühl der Befriedigung, welches ausgelöst wird, wenn ein Tatbestand des Lebens durch den richtigen Rechtsbegriff getroffen wird (vgl. hierzu H. Jäger, S. 64).

c) „Die Abwehr muß erforderlich sein, um den Angriff abzuwenden." (Reimer a. a. O. I, 20. Kapitel, Anmerkung 4, S. 160.)

Wie schon eingangs der Arbeit erwähnt, wird gegen dieses Erfordernis in der Praxis am meisten gesündigt, da der Angegriffene einen Verstoß des Konkurrenten meist als einen Freibrief für alle möglichen unerlaubten Wettbewerbshandlungen seinerseits ansieht. Die Schwierigkeiten liegen hier im Tatsächlichen. Reimer beschränkt sich auf wenige Sätze, die von der Notwehr aus im allgemeinen zu bejahen sind.

Abzulehnen ist aber der Satz, daß Notwehr immer dann unerlaubt sei, wenn die gerichtliche Hilfe (Urteil, einstweilige Verfügung) ausreicht, und daß sie dann nicht ausreiche, wenn jene zu spät komme oder den Schaden nicht im gleichen Umfange abwende wie die Selbsthilfe des Angegriffenen. Ein solcher Grundsatz ist der Notwehr zutiefst zuwider. Vgl. hierzu die noch immer richtigen Ausführungen Iherings in seinem „Kampf ums Recht" (S. 115—120, Ausgabe Reclams Universum). Hier kann man nicht mehr von einer Variierung der Notwehrlehre oder einer Auslegung der Notwehrgrundsätze sprechen, denn die Notwehr ist nicht subsidiär, sondern ein primäres Mittel zur Aufrechterhaltung des Rechtsfriedens, das unabhängig von der Möglichkeit gerichtlicher oder behördlicher Hilfe angewandt werden kann. Herrschende Meinung vgl. Jesse a. a. O. S. 38 mit Literaturnachweis, Hartwig Jäger, S. 62/63, Schwarz 1939, § 53 2 C.

Unmöglich ist auch für Reimer die Frage zu beantworten, wann etwa die gerichtliche Hilfe nicht zu spät käme, denn er läßt ja die Notwehr-Abwehr erst dann zu, wenn es schon zu einer Verletzung gekommen, also erst wenn es zu spät ist.

d) Der Kernpunkt der Lehre von der Notwehr-Abwehr ist der Satz (Reimer a. a. O. I, 20. Kapitel, Anmerkung 5, S. 161), daß grundsätzlich an sich unzulässige Abwehrhandlungen erlaubt sind, wenn und soweit dies der Gedanke der Abwehr erforderlich macht. Dieser Satz ist, theoretisch betrachtet, bei einer Diskussion über Notwehrprobleme selbstverständlich, denn das Wesen der Notwehr liegt ja gerade in der Rechtfertigung rechtswidriger Verteidigungshandlungen. Trotz dieser Binsenwahrheit kämpften die Verfechter der Notwehr-Abwehr bis heute gegen eine fast einhellige Rechtsprechung der obersten Gerichte, in welcher immer wieder der Satz ausgesprochen wurde, daß auch in der Abwehr gegen einen unlauteren Angriff keine an sich unlauteren Mittel gestattet seien (vgl. hierzu das V. Kapitel, S. 31—38). Und doch glauben wir nicht, daß das Reichsgericht und die Oberlandesgerichte je behaupten wollten, in der Notwehr dürften grundsätzlich an sich unerlaubte Mittel nicht benutzt werden. In Wirklichkeit haben die Theoretiker immer am

Thema vorbeigeredet und das Reichsgericht hat sich vor einer näheren Begründung seiner Haltung gescheut. Die Auseinandersetzung über diesen Punkt wird das Problem der Abwehr im Wettbewerbsrecht von Grund auf entfalten.

e) Um klarer sehen zu können, soll der von Reimer und den anderen vertretene Satz von der generellen Zulässigkeit an sich unlauterer Mittel auf dem Boden der Notwehrlehre in seinen Konsequenzen untersucht werden. Die anscheinend so einfache Lösung wird bald ihre Mängel zeigen.

Reimer hat die Frage, was Rechtens sein soll, wenn durch die an sich verbotenen Notwehr-Abwehrhandlungen Rechtsgüter Dritter Unbeteiligter verletzt werden — eine Grundfrage des Notwehrrechts — nicht erörtert. Da nach Reimer das einzelne Unternehmen in seinem Haben und Habensollen, das durch die Wettbewerbsordnung geschützte Rechtsgut ist (vgl. unsere Ausführungen S. 17), so verletzt eine an sich wettbewerbswidrige Abwehrhandlung in fast allen Fällen die Rechte Dritter, die mit dem Angriff gar nichts zu tun haben. Wenn A die Kunden auf der Straße anreißt, und diese zu A kaufen gehen, mag es für B das einzig wirksame, damit auch das erforderliche Mittel sein, um diesen Eingriff in seine Absatzchancen abzuwehren, nun ebenfalls auf die Straße herauszutreten, um die Kunden von A fortzulocken. Daß aber durch das Vorgehen des B sämtliche Konkurrenten, die auf redlichen Kundenerwerb angewiesen sind, ebenso betroffen sind wie durch das Vorgehen des A, ist ohne weiteres klar. Man denke sich nun den weiteren Fall, daß A den B durch wahre öffentliche Herabsetzung seiner Waren bei den Kunden schlecht gemacht hat. B kann sich *wirksam* nur durch öffentliche Leugnung dieser Tatsachen wehren. Zur *erforderlichen* Abwehr gehört daher in diesem Falle die Aufstellung von Behauptungen, die evtl. gegen § 4 UWG. verstoßen. Durch solche Behauptungen werden aber alle dritten Konkurrenten, die sich nur einer auf Tatsachen beruhenden Reklame bedienen können, benachteiligt. Besonders deutlich wird dieser Umstand in dem Beispiel vom Händler, der seine bevorzugte Lieferfirma A gegen eine andere Firma B ausspielt (vgl. unsere Ausführungen S. 10). Hier richtet sich die Abwehrhandlung speziell gegen die Firma A, die nicht angegriffen hat und auch nicht aus einem anderen Grunde für das Verhalten des Händlers verantwortlich ist. Bei der Art unseres Wirtschaftsaufbaus dürfte dieser Fall übrigens gar nicht selten sein.

(Die Herabsetzung der Firma A durch B kann nicht dadurch gerechtfertigt werden, daß das ganze Unternehmen der Firma A gewissermaßen als Angriffsmittel angesehen wird. Angriffsmittel darf der Notwehrer ja nach herrschender Meinung zerstören und beschädigen, auch wenn sie nicht dem An-

greifer gehören (Liszt-Schmidt a. a. O. § 33 II 2 a Anmerkung 11, S. 197). Ein Vergleich zwischen dem Unternehmen bzw. der gewerblichen Leistung der Firma A und dem zu einem Angriff benutzten fremden Stock oder Revolver verbietet sich aber von selbst.)

Da der normale Wettbewerb auf dem Leistungsprinzip beruht und die einzelnen Mitbewerber voneinander abhängig sind wie Wasser in kommunizierenden Röhren, so wirkt sich jede Abkehr vom Leistungswettbewerb — und auch nur zur Abwehr gegen unlautere Angriffe geschehen — auf alle unbeteiligten dritten Wettbewerber als ein wettbewerbsfremder Angriff aus.

Nach überwiegender Meinung (Literaturnachweis bei Jesse a. a. O. II 5, S. 58—64, Liszt-Schmidt a. a. O., § 33 II 2 a, Schwarz 1939 § 53 2 B) ist aber eine Verletzung Dritter durch die Notwehr nicht gedeckt. Gegenüber der Verletzung Dritter gibt es nur die allgemeinen Gesichtspunkte, unter denen die Rechtswidrigkeit einer Handlung ausgeschlossen werden kann. Die Notstands- und Selbsthilfebestimmungen des BGB. kommen aus tatbestandlichen Gründen nicht in Frage, und ebenfalls nicht die Unrechtausschließungsgründe des Strafrechts (vgl. deren Zusammenstellung bei Schwarz, a. a. O. Anmerkung 2 B vor § 51). Insbesondere kann auch der Gesichtspunkt der Güterabwägung (sog. übergesetzlicher Notstand), der in den Fällen der Verletzung von Rechtsgütern Dritter durch Notwehrhandlungen den gerechten Ausgleich herbeiführen soll (vgl. Jesse S. 63), nicht zu einer Rechtfertigung der Verletzung der Mitbewerber führen; denn die in Kollision sich befindenden Güter, eigenes Unternehmen und Unternehmen des oder der unbeteiligten Mitbewerber, sind gleichwertig. Hier eine Wertung treffen zu wollen, würde das von Reimer für das ganze Wettbewerbsrecht angewandte individualistisch-freiheitliche Denkschema umstürzen. Gegenüber der Vielzahl der in der täglichen Praxis vorkommenden Fälle lassen wir die Sondertatbestände, wo der Wettbewerber einen Angriff auf Leib und Leben seiner Mitmenschen (vgl. z. B. den Essigessenzfall S. 11) und ähnliche Interessen abwehrt, zurücktreten.

Somit bleibt grundsätzlich die Verletzung der Interessen des am Angriff unbeteiligten Dritten ungerechtfertigt. Kommt es daher zur gerichtlichen Auseinandersetzung, so könnte der Verletzte - Beklagte gegenüber dem Angreifer - Kläger vielleicht mit seinem Abwehreinwand durchdringen, klagen aber unbeteiligte verletzte Dritte, so würde der Abwehreinwand nicht verfangen, der Unterlassungs- und Schadensersatzklage müßte stattgegeben werden. Das Handeln in Abwehr kann auch nicht zu einer Verneinung der Wiederholungsgefahr führen, denn es besteht immer die Gefahr, daß der Beklagte, wenn er wieder angegriffen wird, wieder dieselbe Abwehrhandlung vornehmen wird, und nur hierauf kommt es im Prozeß mit dem Dritten an.

Man kann sich leicht vorstellen, welche Schachzüge ein geschickter Angreifer, der sich mit einem seiner Mitbewerber verständigt, gegen den verletzten Notwehrer zur Wirkung bringen könnte. Selbst in dem harmlosen Fall des unlauteren Wettbewerb treibenden Händlers ist der Schutz, den Reimer dem Verletzten angedeihen lassen kann, sehr zweifelhaft. Führt man also die Notwehr-Abwehr in diesem Punkt konsequent durch, so kommt man zu einem theoretisch wie praktisch völlig unbrauchbaren Ergebnis. Reimer muß etwas hievon gespürt haben, denn er erklärt am Ende seiner Ausführungen (I, 20. Kapitel, Anmerkung 5, S. 162) über die generelle Zulässigkeit unerlaubter Mittel ohne nähere Auseinandersetzung unter Bezugnahme auf ein Reichsgerichtsurteil, daß in der Abwehr niemals Behauptungen aufgestellt werden dürften, welche gegen § 3 UWG. verstoßen. Mit der Anerkennung dieses strikten Verbots des Reichsgerichts, das eine Teileinschränkung seiner sonstigen Grundsätze von der Zulässigkeit wettbewerbswidriger Mittel in der Abwehr darstellt, verläßt Reimer den Boden der Notwehr, denn über die Zulässigkeit eines Notwehrmittels kann nicht in dieser abstrakten Form entschieden werden, vielmehr ist allein maßgebend der Rahmen des jeweils Notwendigen, des Erforderlichen, und damit entfällt jene abstrakte Begrenzung der möglicherweise erlaubten Notwehrhandlungen.

Auch diese wichtige Ausnahme zeigt, daß Reimer selbst mit der Notwehrkonstruktion nicht durchkommt und an entscheidenden Punkten seine voraussetzungslose Notwehrlehre den im Wettbewerbsrecht wirksamen Kräften und Interessen beugt.

2. Koehne

verfährt in der Frage der zulässigen Mittel viel rigoroser. Den Satz, daß es keine an sich unlauteren Mittel gebe, die nicht als Notwehr-Abwehrhandlung zulässig sein könnten, illustriert er wiederholt dadurch, daß er Entscheidungen, in denen das Gericht die Benutzung von unwahren und irreführenden Behauptungen in der Abwehr verbietet (MUW. XI/471, XXVI/217 usw.), als irrig bezeichnet (a. a. O. S. 69). Er erklärt auch ausdrücklich die Forderung des Reichsgerichts in MUW. 27/28/345, daß die Abwehr sachlich sein müsse und sich nicht gehässiger Mittel bedienen dürfe, beuge zwar der leicht eintretenden Verwilderung im Wettbewerb vor, trotzdem sei aber diese Beschränkung für Notwehrhandlungen nicht immer zutreffend, da hier auch unsachliche Aeußerungen als Verteidigungshandlungen zulässig seien (a. a. O. S. 68, Spalte 1).

3. Callmann

a) Callmann, der bei Beginn seiner Ausführungen zwar so vorsichtig ist,

nur von einer entsprechenden Anwendung der Notwehr auszugehen (a. a. O. § 1, Anmerkung 21, S. 142), bejaht doch im Verlauf seiner weiteren Ausführungen schlechthin die Zulässigkeit von „an sich" unzulässigen Abwehrmitteln im Sinne der Notwehr-Abwehrlehre (§ 1, Anmerkung 23, S. 143 bis 144). Er greift auch die Ausführungen Reichels in JW. 1929/1219 anläßlich der Entscheidung des Reichsgerichts betreffend den Börsenverein der Buchhändler (JW. 1929/249) auf. Reichel sagt dort, entgegen den Ausführungen des Reichsgerichts, daß ein unsittliches Kampfmittel nicht dadurch zu einem einwandfreien werde, daß der es Anwendende selbst in unsittlicher Weise bekämpft worden sei, sei festzustellen, daß ein unsittlicher Angriff ein rechtswidriger Angriff sei und gegen ihn somit Notwehr nach Maßgabe des § 227 BGB. statthaft. Sei also zur Abwehr desselben ein an sich rechtswidriges oder unsittliches Tun erforderlich, so sei dieses Tun in concreto rechtmäßig und könne auch unter dem Gesichtspunkt des Verstoßes gegen die guten Sitten nicht beanstandet werden. Es wäre mehr als seltsam, dürfte der Notwehrer zwecks Abwehr eine vorsätzliche Tötung, nicht aber eine Handlung im Sinne des § 826 BGB. begehen.

Diese Ausführungen sind ebenso konsequent wie die Koehnes, auf welchen sich Callmann gleichfalls bezieht, sie berücksichtigen aber in keiner Weise die dem Wettbewerbsleben eigene Interessenverflechtungen.

b) Callmann hebt aber in Anmerkung 24 zu § 1, S. 145 bei seinen Ausführungen über Notwehrüberschreitung die in Anmerkung 23 aufgestellte Maxime heimlich weitgehend auf.

Zwar betreffen seine beschränkten Zitierungen aus RGZ. 92/111 (wo übrigens gar kein rechtswidriger Angriff, daher auch kein Notwehrfall gegeben ist), OLG. Hamburg in JW. 1907/333 (welche gar nicht das Wettbewerbsrecht berührt), und RG. in MuW. 1932/82 wirklich Ausführungen der Gerichte über Abwehrüberschreitungen. (NB. Die grundsätzliche Anschauung Callmanns, Koehnes und Reichels über die in der Abwehr zulässigen Mittel ist auch in diesen Entscheidungen abgelehnt.) Er zitiert aber in der gleichen Anmerkung die Entscheidungen des Reichsgerichts MuW. XI/471, 1931/273, 525 und OLG. Dresden MuW. XXVI/216 mit dem Bemerken, der Einwand der Abwehr sei dort zurückgewiesen worden, weil der Beklagte durch unrichtige Angaben auf Kosten der Kläger geschäftliche Vorteile zu erzielen suchte. Da es Callmann gemäß seiner Ausführungen in Anmerkung 23 auf die gewählten Abwehrmittel selbst nicht ankommen kann, so muß im Rahmen seiner Auseinandersetzung über Notwehrüberschreitung der Ton auf den Worten „Erzielen von geschäftlichen Vorteilen auf Kosten der Klägerin", d. h. Benutzung der Notwehr nicht zur Verteidigung, sondern zum Angriff,

zu legen sein. Durch solche Erwägungen sind aber weder die Entscheidungen der Gerichte getragen, noch geben die Tatbestände für sich allein Grund, eine Notwehrüberschreitung anzunehmen. Das Reichsgericht hat sogar ganz ausdrücklich in der Entscheidung MUW. 31/273 eine solche Begründung seines Spruches zurückgewiesen. Es führt dort aus: „Die Revision übersieht, daß das Berufungsgericht in dem beanstandeten Satz überhaupt nicht eine die zulässigen Grenzen der Abwehr gegenüber der Klägerin überschreitende und deshalb gegen § 1 und § 3 verstoßende Wettbewerbshandlung erblickt, sondern daß es die fragliche Erklärung trotz ihres Abwehrcharakters deshalb als unlauter und daher als unzulässig ansieht, „weil die Abwehr durch Täuschung Dritter auf Kosten gewissermaßen des an dem Wettbewerb der Parteien als solchem ganz unbeteiligten Publikums erfolgte" (BU. S. 22 Abs. 1). Dieser Standpunkt des Berufungsgerichtes ist rechtlich nicht anfechtbar."

Callmann ist also von der Richtigkeit der betreffenden Urteile überzeugt, nur versucht er, um nicht den Widerspruch zu seinen Ausführungen in Anmerkung 23 zugeben und seine Notwehrlehre umstürzen zu müssen, mit Notwehrüberschreitung zu operieren.

c) Bei der Frage der Zulässigkeit vergleichender Reklame bekennt er sich an versteckter Stelle zu der ihm grundsätzlich so entgegengesetzten Lehre. § 1, Anmerkung 72, S. 183: „Durch die Notwendigkeit der Abwehr gegen jemanden, der in der persönlichen Reklame vorausgegangen ist, verschiebt sich die Grenze des Zulässigen, wie überhaupt für Abwehrmaßnahmen (siehe Anmerkung 22 ff.)." Das heißt vergleichende Reklame ist in der Notwehr zulässig.

In Anmerkung 73 a führt er dagegen aus: „Strengste Wahrheit wird gefordert in denjenigen Fällen, in denen der Hinweis auf die Verhältnisse eines bestimmten Wettbewerbers gestattet ist." Diese Ausführungen macht er sich im weiteren völlig zu eigen. Er läßt also die vergleichende Reklame in der Notwehr zu, scheidet aber unwahre vergleichende Reklame auch in der Notwehr grundsätzlich aus. Dies ist ein glatter Widerspruch zu dem in Anmerkung 23 Gesagten. (Vgl. hierzu auch unsere Ausführungen im IV. Kapitel 1, S. 19—22 gegenüber Reimer, der in eine ähnliche Inkonsequenz gerät.)

d) Unklar ist auch seine Stellungnahme zur Abwehr durch vergleichende Reklame im Interesse der Allgemeinheit (§ 1, Anmerkung 72). Auch hier müßte er nach den Notwehrgrundsätzen vorgehen. Dementsprechend wäre in jedem einzelnen Fall genau zu untersuchen, ob ein rechtswidriger Angriff auf die Allgemeinheit, d. h. auf beliebige, unbeteiligte Personen, unmittelbar drohe. Um einem Mißbrauch dieser Argumentation vorzubeugen, brauchte man daher nicht zu untersuchen, ob und wieweit der Abwehrende zu

eigenen Wettbewerbszwecken mit handele (so richtig RG. GRUR. 1916/186); hierauf aber legt Callmann fälschlicherweise die Hauptbetonung. Die Mitteilung kreditgefährdender, herabsetzender Behauptungen zuzulassen mit der farblosen Begründung, daß das Publikum daran Interesse habe, ist außerordentlich gefährlich, denn wo ist da die Grenze gegenüber dem unerlaubten, unlauteren Wettbewerb zugunsten der Allgemeinheit? So ist denn keineswegs in dem von Callmann zitierten Urteil des Reichsgerichts MUW. XI/436 auf Grund des festgestellten Tatbestandes (sehen wir einmal ab von der bestehenden Vertragsbeziehung) die Mitteilung des Zahnarztes A an die Kunden, der Kollege B sei lungenleidend, zulässig. Denn es ist davon nichts vorgetragen, daß B so stark lungenleidend gewesen ist, daß die Behandlung durch ihn seine Patienten der unmittelbaren Ansteckung (der Gefahr einer rechtswidrigen Körperverletzung) aussetze. Wie viele Lungenkranke leben und arbeiten in den verschiedensten heiklen Berufen, ohne jede Absonderung von den gesunden Menschen (wird die Tuberkulose doch auch von gesunden Menschen verbreitet!).

Auch die Entscheidung des Reichsgerichts über die giftige Essigessenz (GRUR. 1916/186) ist nicht im richtigen Lichte dargestellt. Das Reichsgericht läßt nämlich deshalb die Äußerungen des Beklagten zu, weil sie der Wahrheit entsprechen, und nach seiner damaligen, heute gänzlich überwundenen Rechtsanschauung es dem Wettbewerber grundsätzlich erlaubt war, herabsetzende Äußerungen über den Wettbewerber zu verbreiten, wenn diese nur der Wahrheit entsprachen. Bei der Beurteilung der Abwehr im Allgemeininteresse nach heutiger Rechtsauffassung kann daher nicht, wie es Callmann getan, auf die Rechtsauffassung des Reichsgerichts in diesem weit zurückliegenden Falle verwiesen werden. Doch ist die Entscheidung auch unter Zugrundelegung der heutigen Rechtsauffassung über vergleichende Reklame gemäß den von Callmann grundsätzlich vertretenen Notwehr-Abwehrgedanken im Ergebnis richtig, denn hier bestand durch den Weitervertrieb des Essigs sicherlich die unmittelbare Gefahr einer Gesundheitsbeschädigung der Verbraucher.

Bei Abwehr zugunsten der Allgemeinheit wird auch der sonst so dogmatisch klare Koehne ungenau, indem er nur allgemein vom Interesse, das das Publikum an einer Mitteilung habe, spricht (Koehne a. a. O. S. 69, Spalte 1). Der eine von ihm angezogene Fall RGZ. 60/1 (Warnung des Brockhauslexikons vor Geheimmitteln) ist zudem überhaupt nicht unter wettbewerbsrechtlichem Gesichtspunkt zu betrachten, da bei der Warnung der Wettbewerbszweck fehlte (vgl. hiezu richtig Callmann a. a. O. § 1, Anmerkung 72). Da auch außerhalb des Wettbewerbsrechts in diesem Falle keinerlei gesetzliche Bestimmung verletzt worden war, fehlt es übrigens auch an der

Rechtswidrigkeit, wodurch die Anwendung der Notwehr-Abwehr in jedem Falle bedingt ist.

e) Bemerkenswerterweise erkennt aber Callmann (§ 1, Anmerkung 21), daß infolge der Natur des Wettbewerbs eine Verletzung von Unbeteiligten bei der Abwehr in der Regel eintreten müsse. Er verbietet daher kurzweg solcherlei Abwehrmaßnahmen. Dieses Verbot widerspricht wiederum der auf der Notwehr beruhenden generellen Zulassung von unlauteren Abwehrmaßnahmen und hätte bei praktischer Durchführung das Axiom in Wirklichkeit aufgehoben, denn Callmann geht wie Reimer vom Einzelunternehmen als dem Schutzgegenstand des Wettbewerbsrechtes aus (Callmann a. a. O., S. 32 ff.). Leider wird diese Erkenntnis von Callmann nur durch das Beispiel vom Kundenanreißen, das er als Abwehrmittel ablehnt, erläutert. Wie sich aus unseren Ausführungen gegenüber Reimer S. 20 ff. ergibt, kann Callmann nicht zugegeben werden, daß eine „nur" gegen § 14 verstoßende Wettbewerbshandlung lediglich intern zwischen dem Angreifenden und Angegriffenen Wirkungen hervorruft, daher als Abwehrmaßnahme zuzulassen sei. Im übrigen stellt die Herabsetzung des Mitbewerbers eine unzulässige vergleichende Reklame dar, die gegen § 1 UWG. verstößt. Der dritte Mitbewerber ist daher sogar nach § 13 ausdrücklich klageberechtigt, womit deutlich zum Ausdruck gebracht wird, daß eine solche Behauptung nicht nur innerhalb der direkt Beteiligten wirkt. Unwillkürlich fragt man sich auch, was der Kunde, demgegenüber doch diese unwahre Behauptung aufgestellt wird, und der auf Grund derselben evtl. seine Entschlüsse faßt, zu einer solchen Handlung zu sagen hat. Darüber aber Näheres später. (Vgl. VIII. und IX. Kapitel.) Gerade auf diesen letzten Punkt werden wir im Laufe unserer Arbeit entscheidenden Wert legen, doch bedarf es hierzu einer weiten theoretischen Grundlegung, wozu die bisherige Kritik der Notwehr-Abwehrlehre gewissermaßen der Materialbeschaffung und Einführung diente.

Abschließend können wir sagen, daß Callmann zum Problem der Abwehr eine Stellung nimmt, die noch weniger wie diejenige Reimers durch die grundsätzlich verfochtene Identifizierung von Abwehr und Notwehr gedeckt ist, da er gleichzeitig sich stark bemüht, die Wirklichkeiten des Wettbewerbs zu berücksichtigen.

Wir konnten es uns nicht ersparen, auf Callmann näher einzugehen, insbesondere auch uns mit der Art der für die Notwehr-Abwehrlehre typischen Zitierung der Reichsgerichtsrechtsprechung zu befassen, da wir nachweisen wollten, daß sein Kompromiß keineswegs eine wirkliche Lösung darstellt.

wenden bei der Abwehr, wie schon kurz angedeutet, die Notwehrgrundsätze an. Ähnlich wie wir es bei Callmann gesehen haben, treten nach ihrer Meinung Unzuträglichkeiten nur durch ungebührliche Ausweitung der Notwehr-Abwehr durch den Beklagten auf, die durch eine strenge Auslegung dessen, was zur Abwehr erforderlich und geeignet ist, vermieden werden können. (Rudloff-Blochwitz S. 104/105.) Wir haben gezeigt, daß zwar durch eine strenge Rechtsprechung wohl die gröbsten Mißbräuche abgestellt werden könnten, daß es aber darüber hinaus Fälle gibt, wo zur erforderlichen Notwehr-Abwehr die schlimmsten unlauteren Wettbewerbshandlungen notwendig wären.

Wollten Rudloff und Blochwitz diese Konsequenzen wirklich bejahen? Das Gegenteil könnte man aus ihrer grundsätzlich ablehnenden Haltung zur Frage der privaten Veröffentlichung von Urteilen (Rudloff-Blochwitz a. a. O. S. 154) herauslesen. Hier gehen sie viel schärfer vor als selbst der Werberat, das Reichsgericht und viele OLG., die eine eigenmächtige (private) Veröffentlichung in Abwehr sehr wohl kennen.

Überraschend ist, daß sie der Erörterung von Putativnotwehr und Notwehrexzeß (a. a. O. S. 104) einen großen Platz einräumen. Von der Notwehr aus gesehen sind diese Differenzierungen theoretisch richtig, wobei noch zu bemerken ist, daß die zivilrechtliche Notwehr (§ 227 BGB.) die Bestimmung des § 53 Abs. 2 StGB. nicht kennt, daher auf Abwehrhandlungen, die keine strafrechtliche Bestimmung des UWG. verletzen — die häufigsten Abwehrhandlungen tun das nicht — keine Anwendung finden kann. (Vgl. hierzu den Kommentar von Reichsgerichtsräten, Auflage 1939, Anmerkung 3 zu § 227.) Praktisch lassen sich übrigens die vorkommenden Tatbestände, insbesondere was den Abwehrexzeß überhaupt und den bei schuldlosem Abwehrexzeß beschränkten Schadenersatz angeht, gar nicht so genau zergliedern. Wahrscheinlich fehlen aus diesen Gründen bei allen übrigen Notwehr-Abwehrvertretern Ausführungen zu diesem Punkte.

Eine solche betonte Differenzierung der Notwehr zeigt übrigens in besonderem Maße die unerquicklichen Folgen der Notwehr-Abwehrlehre für das Wettbewerbsleben. Der gewitzigte unlautere Wettbewerber könnte sich nicht nur darauf berufen, daß er in der Notwehr auch an sich sittenwidrige Mittel benützen dürfe, er könnte auch noch dann, wenn ihm nachgewiesen wäre, daß er selbst die Notwehr, die doch eine reichlich weitgehende Verteidigung erlaubt, überschritten habe, behaupten, diese Überschreitung sei nur in begreiflicher Empörung, Furcht oder Bestürzung über das unsittliche Handeln des Klägers

geschehen, und so der Verurteilung auf Unterlassung und evtl. zum Schadenersatz entgehen. Maßgebend für die Beurteilung wäre auch noch hauptsächlich der subjektive Standpunkt des Beklagten. Welcher Wettbewerber ist nicht aufs tiefste empört, erregt und bestürzt über einen Angriff seiner Konkurrenz, so daß auch von einer objektiven Prognose ex ante ihm ein anderes Handeln nicht zugemutet werden könnte!

Läßt man durchblicken, daß es in praktisch bedeutsamem Umfang Fälle der Putativnotwehr und des entschuldbaren Abwehrexzesses geben soll, so macht man sich zum Mitschuldigen am Mißbrauch der Abwehrargumentation und unterstützt die hartnäckigen Ausflüchte gewandter unlauterer Wettbewerber.

5. Exkurs über das Verhältnis der Einwendung der Abwehr zur Einrede der Arglist

Die wichtige Frage des Verhältnisses der Einwendung der Abwehr zur Einrede der Arglist soll gerade an diesem Platz behandelt werden, da Rudloff-Blochwitz sich hierüber eingehend und originell äußern.

Die Frage der Zulässigkeit von Abwehrhandlungen steht in einem engen Wechselverhältnis zu der Gewährung der Einrede der Arglist (exceptio doli generalis) wegen eigenen unlauteren Verhaltens des Klägers. Beidesmal soll die Klage, welche auf Grund einer unlauteren Handlung des Beklagten angestrengt ist, wegen einer unlauteren Handlung des Klägers abgewiesen werden. Bei der Abwehr verlangt man eine funktionelle Abhängigkeit der Abwehrhandlung zum Angriff des Klägers. Bei der Einrede der Arglist wird dagegen ein mehr oder weniger äußerliches Abhängigkeitsverhältnis erst durch die Geltendmachung der Klage begründet. Daraus allein erhellt schon genügend, daß die Differenzierungen bei der Abwehr-Notwehr überflüssig sind, wenn der Einrede der Arglist weitgehend, d. h. ohne besonders sorgfältige Prüfung der Arglist stattgegeben wird.

a) Rudloff-Blochwitz reden nun einer weitgehenden unbedenklichen Zulassung der Einrede der Arglist das Wort. Wenn sie auf S. 109 meinen, damit könne noch niemand sein eigenes Unrecht durch fremdes Unrecht rechtfertigen, denn derjenige, der die Einrede der Arglist geltend mache, behaupte ja gar nicht, selbst rechtmäßig gehandelt zu haben, so ist das rechtsdogmatisch richtig, aber sophistisch, denn tatsächlich kommt eine solche Lösung doch auf eine gegenseitige Unrechtsaufrechnung hinaus. Über die Voraussetzungen der Einrede der Arglist sagen Rudloff-Blochwitz S. 111: „Es ist nicht erforderlich, daß der Kläger die gleichen Wettbewerbsverstöße begeht, die er dem Beklagten vorwirft; es genügt vielmehr, wenn er überhaupt die Sitten des redlichen Ge-

schäftsverkehrs mißachtet, es sei denn, daß es nur unbedeutende Wettbewerbsverstöße sind." Das Abhängigkeitsverhältnis ist demnach denkbar lose. Da somit der Beklagte nur einen x-beliebigen, nicht gerade ganz unbedeutenden Wettbewerbsverstoß des Klägers ausfindig machen muß (was erfahrungsgemäß bei jedem ständigen Wettbewerbsverhältnis ohne weiteres möglich ist), braucht sich der Beklagte um den schwierigeren Beweis des Handelns in Abwehr nicht zu bekümmern. Rudloff-Blochwitz hätten sich aber dann auch die eingehenden Erörterungen über Abwehrvoraussetzungen, insbesondere über Putativabwehr und Abwehrexzeß schenken können. Man überlege, welche Folgerungen sich für die gesamte Rechtspraxis in Wettbewerbssachen aus einer laxen Handhabung der Einrede der Arglist ergeben würden!!

Über diesen inneren Widerspruch hinaus ist auch die Begründung, die Rudloff-Blochwitz für eine solch weitgehende Zulassung der Einrede der Arglist geben (kehre jeder lieber vor seiner eigenen Türe!! a. a. O. S. 110), irrig und jedem Rechtsdenken, insbesondere dem heute geltenden zuwider.

b) Callmann a. a. O. S. 107 d stellt den Satz auf, daß die Verteidigung des Beklagten durch Berufung auf einen unlauteren Wettbewerb oder Sittenverstoß des Klägers unbeachtlich sei, es sei denn, daß das Vorbringen des Beklagten als exceptio doli aufzufassen ist. Arglist werde aber nur dann anzunehmen sein, wenn der unlautere Wettbewerb des Beklagten und der des Klägers im Zusammenhang stehe. Da Callmann aber ohne eigene Stellungnahme ein Urteil des OLG. Dresden MuW. XXII/157, das auch in einem solchen Falle die Einrede der Arglist nicht für begründet erachtete, zitiert und als einen Gegensatz zu dieser Auffassung des Dresdener OLG. nur seine Ausführungen über Notwehr (§ 1, Anmerkung 22 ff.) anführt, ist klar, daß er praktisch der Einrede der Arglist nur ganz ausnahmsweise stattgeben wollte. Sehr ähnlich nimmt Reimer (I, 19. Kapitel, S. 158) Stellung.

Da Callmann und Reimer also die Einrede der Arglist nur selten für begründet erachten — bei einer rein privatrechtlichen Auffassung des Wettbewerbsrechtes kann diese Möglichkeit grundsätzlich nicht geleugnet werden (vgl. aber IX. Kapitel, S. 60) —, so tritt bei ihnen nicht der bei Rudloff-Blochwitz aufgezeigte Widerspruch zu den Ausführungen über die Abwehr auf.

6. Zusammenfassende Kritik der Notwehr-Abwehrlehre

Rechtsdogmatisch kann die Lehre von der Notwehr-Abwehr im Wettbewerbsrecht nicht befriedigen, da sie sich in verschiedener Hinsicht in Widerspruch zu den wesentlichsten herrschenden Notwehrgrundsätzen setzt, ohne diese Abweichungen aus der Notwehr heraus begründen zu können, denn einerseits

wird die Notwehr zu einem subsidiären Hilfsmittel erklärt und andererseits werden bestimmte Abwehrmittel grundsätzlich, d. h. unabhängig von ihrer Erforderlichkeit von den wichtigsten Vertretern der Lehre nicht zugelassen. Des weiteren erfolgt eine zwar theoretisch begründbare, aber doch dem Grundwesen der Notwehr fremde, fast abstrakte Ausdehnung des Begriffes der Gegenwärtigkeit des Angriffes. Im übrigen erscheint die Anwendung der Notwehrkonstruktion auf lediglich sittenwidrige und daher rechtswidrige Handlungen (§ 1 UWG.) nicht gerechtfertigt. Hierüber Näheres im XI. Kapitel, 1, S. 71—73 der Arbeit. Völlig unbefriedigend ist auch das praktische Ergebnis einer konsequenten Durchführung dieser Lehre, da der Notwehrer jederzeit von dritten Unbeteiligten auf Unterlassung und evtl. auf Schadenersatz in Anspruch genommen werden könnte. Auffällig erschien auch die schwankende Haltung sämtlicher Notwehr-Abwehrlehrer in den eigentlichen Grenzfragen, aus der man den Eindruck gewinnen kann, daß sie ihrer Sache selbst nicht sicher sind.

Diese Schwächen zeigt die Notwehr-Abwehrlehre schon in sich, ohne daß wir die allgemeinen Grundthesen ihrer Vertreter über den Wettbewerb und die Stellung des einzelnen in diesem einer Kritik unterzogen haben. Wir werden aber im Laufe unserer Arbeit auf eine grundsätzliche, kritische Untersuchung der Stellung des einzelnen Mitbewerbers im Wettbewerb gestoßen werden und von dorther wird uns der gewichtigste Einwand gegen die mit sich selbst zerfallene Lehre erwachsen. Wir werden erkennen — vorwegnehmend sei es schon gesagt —, daß die Notwehr-Abwehrlehre auf einer durch die Verhältnisse völlig überholten Betrachtung der Grundlagen und des Wesens des Wettbewerbes beruht, und daß die von uns gezeigten inneren rechtlichen Schwierigkeiten derselben eben aus einer erzwungenen Anerkennung der verleugneten Kräfte resultieren.

7. Die Notwehr-Abwehrlehre und der Entwurf zum neuen Strafgesetzbuch

Wir betrachteten die Notwehr-Abwehrlehre vom Gesichtspunkt der herrschenden Lehre, die sich auf die gesetzliche Regelung, wie sie heute besteht, bezieht.

Man vergegenwärtige sich noch einmal, was der Kommentar von Schwarz in seiner Auflage von 1939 an Notwehrgrundsätzen vertritt.

Fürs kommende Strafrecht ist nun, wie sich aus dem Bericht über den Strafgesetzbuchentwurf und den Verlautbarungen führender Mitglieder der Kommission ergibt, eine Änderung der Notwehrregelung vorgesehen. (Das Recht der Notwehr nach den Vorschlägen der amtlichen Strafrechtskommis-

sion. Fr. Schlüter [Gerichtssaal Bd. 105, Heft 5/6, S. 391]. Bericht über die Arbeit der amtlichen Strafrechtskommission [2. Aufl.] Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe. Klee S. 85 ff.) Der neue Paragraph über die Notwehr, insbesondere wie er in der zweiten Lesung vorliegt, wird mit der heute geltenden voraussetzungslosen Notwehr brechen, indem er die Notwehr als die Verteidigung definiert, die nach gesundem Volksempfinden erforderlich ist und ausgeübt wird, um einen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff von sich oder einem anderen abzuwenden. Mit dem Begriff der gesunden Volksanschauung wird ein bewegliches Moment eingeschaltet, das die Entscheidung des einzelnen Falles bezüglich der Erforderlichkeit der Verteidigung den konkreten Tatumständen anheimstellen soll. Möglicherweise werden sich hieraus allgemeinere Änderungen der Notwehrlehre entwickeln lassen.

Die bisher als Abweichungen von den Notwehrgrundsätzen erkannten Einschränkungen und Besonderheiten der Notwehr-Abwehrlehre stünden damit wieder de lege ferenda zur Diskussion. Allerdings wäre dann aber vorab die Frage zu klären, was im nationalsozialistischen Wirtschaftsrecht und speziell im Wettbewerbsrecht der gesunden Volksanschauung entspricht.

Gerade dieser Begriff ist aber den Notwehr-Abwehrlehrern, die alle von einer streng individualistischen Konzeption des Wettbewerbsrechtes ausgehen, völlig wesensfremd, und somit kann die Frage, was nach gesundem Volksempfinden heute wettbewerbsgemäß ist, von ihnen und im Rahmen ihrer Lehre nicht entschieden werden.

Erst wenn diese Grundfrage des Wettbewerbsrechtes geklärt ist, wird es von Nutzen sein, auf die mögliche Rechtsentwicklung gemäß dem Entwurf zurückzukommen (vgl. Kapitel VIII der Arbeit).

V. Kapitel: Die Rechtsprechung des Reichsgerichts und der höheren Gerichte zur Frage der Abwehr gegen einen unlauteren Wettbewerbsangriff

Die Gerichte haben zur Frage der Abwehr gegen unlautere Wettbewerbsangriffe häufige Male Stellung genommen. Betrachtet man diese Entscheidungen unter dem Gesichtspunkt der Kernfrage, ob und wieweit an sich wettbewerbswidrige Abwehrmittel zulässig seien, so ergibt sich ein widerspruchsvolles Bild.

Gegenüber der Notwehr-Abwehrlehre ist aber mit Sicherheit festzustellen, daß nur einmal in der Rechtsprechung die Abwehr gegen einen unlauteren

Wettbewerbsangriff ausdrücklich unter Bezugnahme auf den § 227 BGB. zugelassen wurde. Dies geschah in der aus verschiedenen Gründen (vgl. z. B. die überholte Rechtsprechung bezüglich der Zulassung der Unterlassungsklage) keiner Verallgemeinerung fähigen Entscheidung des Reichsgerichts im Leipziger Zeitungsstreit (JW. 1915/914). Zur Notwehr-Abwehrlehre hat das Reichsgericht nie ausdrücklich Stellung genommen.

1. Maßgebend für die Ermittlung der wirklichen Stellung des Reichsgerichts sind die immer wiederkehrenden, durch Jahre hindurch in allen Entscheidungen wiederholten Sätze, von denen wir eine Auswahl teils sinngemäß teils wörtlich folgen lassen.

a) Der Beklagte beruft sich zur Rechtfertigung seiner Handlungsweise gerne auf folgende Formulierungen des Reichsgerichts:

„... Bei Prüfung der Frage, ob ein Abwehrmittel als zulässig zu betrachten ist, muß wesentlich der Abwehrzweck mitberücksichtigt werden: Mittel, die ohne den Abwehrzweck aus dem Rahmen des erlaubten Wettbewerbs herausfallen würden, können als Abwehrmaßnahmen statthaft sein." (RG. MUW. 23/93, 27/28/346.) „Grundsätzlich ist eine weitgehende Zulassung von Abwehrmaßregeln angebracht." (RG. JW. 1915/915.) „Eine unlautere Wettbewerbshandlung des Gegners rechtfertigt unter Umständen eine scharfe Abwehr. Unter diesem Gesichtspunkt kann manches zulässig sein, was als Angriff gegen die guten Sitten verstoßen würde." (RG. MUW. XXIX/547, GRUR. 32/88, 89.) „Unter Umständen sind auch kräftige und satirische Ausdrücke erlaubt." (RG. MUW. 27/28/345.) „Vergleichende bzw. persönliche Reklame ist grundsätzlich sittenwidrig. Eine der wenigen Ausnahmefälle dieser grundsätzlichen Auffassung ist der Fall einer durch einen ungerechtfertigten Angriff des Mitbewerbers gebotenen Abwehr." (GRUR. 33/249, 35/969, 36/149.)

b) Diesen der Abwehr ziemlich Raum gebenden Grundsätzen stehen folgende gegenüber:

„Der Zweck der Abwehr rechtfertigt nicht unzulässige Abwehrmittel anzuwenden." (RG. MUW. XXIX/114, 31/225, JW. 27/112, 1929/1205, GRUR. 38/129.) „Das angewandte Mittel darf keinesfalls an sich unzulässig sein." (RG. MUW. XXIII/91, OLG. München MUW. XV/63.) „... Allein auch Abwehrmaßregeln können sittenwidrig sein; insbesondere rechtfertigt der Abwehrzweck noch keineswegs die Verwendung von Kampfmitteln, die dem Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden und den Grundsätzen des lauteren Wettbewerbs widersprechen." (RG. MUW. 27/28/256.) „Kein Angriff und selbst nicht arglistiges Verhalten berechtigt zu unlauterer Abwehr." (RG. MUW. 37/297.) „Wenn auch im Abwehrkampf ein geringerer Maßstab angelegt werden darf, so verstößt es doch gegen die guten Sitten, Ausdrücke zu

gebrauchen, die geeignet und dazu bestimmt sind, den Gegner in den Augen des Publikums herabzusetzen." (GRUR. 32/88.)

Die Zahl der Fundstellen könnte noch beliebig vermehrt werden.

Im übrigen wird auf die wiederholte Zusammenfassung der Entscheidungen bei Rosenthal, Koehne, Callmann, Reimer, Hartwig Jäger, a. a. O. usw. verwiesen.

2. Vergleicht man die verschiedenen Formulierungen miteinander, so fällt ein schon im III. Kapitel kurz gestreifter, das Hauptproblem betreffender Widerspruch auf. Einerseits dürfen in der Abwehr Mittel angewandt werden, die sonst nicht zulässig sind (Satz 1), andererseits dürfen an sich unzulässige Mittel auch in der Abwehr nicht angewandt werden (Satz 2). Diese beiden Sätze schließen sich gegenseitig aus.

Was ist ein an sich unzulässiges Mittel? Das kann doch nur ein Mittel sein, das ohne die Abwehrbeziehung auf einen Angriff nicht zulässig wäre. In Satz 1 wird dieses zugelassen, in Satz 2 ist es grundsätzlich verboten. Vgl. hierzu auch Gütebier JW. 34/1093: „Wenn das Reichsgericht: MUW. 23/24/91 ff. und JW. 1927/113 diejenigen Mittel von der (zulässigen) Abwehr ausschließt, die an sich unlauter sind, so ist diese Formulierung in sich widerspruchsvoll und unrichtig. Eine Trennung zwischen Mitteln, die ohne den Abwehrzweck nicht mehr als zulässige Wettbewerbshandlungen anzusehen sind und solche, die an sich unlauter sind, ist nicht möglich."

Der Widerspruch läßt sich nicht wie Reimer (a. a. O. I, 20. Kapitel, Anmerkung 5, S. 161) meint, dadurch erklären, daß einmal die Abwehr sich gegen lauteres (Abwehr im natürlichen Sinne) und das andere Mal gegen unlauteres Verhalten des Gegners (Abwehr im Rechtssinne) richtete. Die Entscheidungen, in denen das Reichsgericht fälschlicherweise auch bei nicht rechtswidrigen Angriffen von Abwehr spricht, sind äußerst selten (vgl. Koehne a. a. O.) und betreffen lediglich monopolistische Maßnahmen. (Hierüber im XI. Kapitel 2 c der Arbeit S. 75—77.)

Man kann das Reichsgericht auch nicht dahin verstehen, daß es unter an sich unzulässigen Mitteln nur solche Mittel versteht, die gegen eine *konkrete* Verbotsnorm verstoßen, z. B. gegen § 3, 4 oder 14 UWG., im Gegensatz zu solchen, die ohne die Abwehr „nur" gegen § 1 UWG. verstoßen würden, denn in Anwendung seines Satzes 1, daß an sich unzulässige Mittel auch in der Abwehr nicht angewandt werden dürfen, verbietet es unsachliche Angaben, also eine Abwehr, die nur gegen § 1 verstößt.

Merkwürdig ist, wie schon erwähnt, daß die einander widersprechenden Sätze sich auch nicht dadurch erklären, daß sie aus verschiedenen Zeiten oder von verschiedenen Senaten stammen. Denn gerade im Gegenteil wird das Ja

und das Nein vielfach zur selben Zeit, vom selben Senat, ja in derselben Entscheidung als Vordersatz und Nachsatz ausgesprochen.

3. Ein Großteil der Verwirrung in der Literatur, die sich um eine rechtliche Konstruktion der Abwehr bemühte, beruht darauf, daß diese abstrakten Thesen des Reichsgerichts einander gegenübergesetzt wurden, ohne daß man erkannte, daß bei einer Gegenüberstellung in der Form: Abwehr mit an sich unzulässigen Mitteln — Abwehr ohne an sich unzulässige Mittel ein logischer Fehler in der rechtlichen Betrachtung unterlaufen war.

Die richtige Fragestellung kann nur so lauten:

Ist die Abwehr überhaupt anwendbar? (Der Satz: In der Abwehr sind an sich unzulässige Mittel nicht zulässig, bedeutet, wenn er ernst gemeint ist, restlose Ablehnung des spezifischen Abwehr-Verteidigungsgedankens im Wettbewerbsrecht.)

Sind in der Abwehr grundsätzlich alle sonst unzulässigen Mittel zulässig (konsequent durchgeführte Notwehr-Abwehrlehre)?

Sind in der Abwehr bestimmte Mittel grundsätzlich nicht zulässig?

Zu welchem Satz bekennt sich nun das Reichsgericht in Wirklichkeit, d. h. wie wird der einzelne Fall entschieden?

Aus keiner der Entscheidungen des Reichsgerichts, wo dem Abwehrgedanken theoretisch völlig widersprechende Sätze aufgestellt wurden, geht hervor, daß das Reichsgericht den Abwehrgedanken für grundsätzlich unanwendbar hält. Wenn es im Vordersatze aussprach, daß Abwehrmaßnahmen weitgehend zuzulassen seien, und im Nachsatze sagte, daß niemals an sich unzulässige Abwehrmaßnahmen angewandt werden dürften, so beruht dies nur auf einer irreführenden Ausdrucksweise. Wie sich schon aus unseren grundlegenden Ausführungen im I. Kapitel 2 und 4 ergibt, hat das Reichsgericht mit der grundsätzlichen Einführung des Abwehrgedankens zwangsläufig anerkannt, daß sonst unerlaubte Handlungen in der Abwehr zulässig werden können.

Eindeutig bekennt sich das Reichsgericht aber auch praktisch zum Abwehrgedanken, indem es in ständiger Rechtsprechung die vergleichende bzw. persönliche Reklame, welche sonst grundsätzlich verboten ist, als Abwehrmaßnahme ausnahmsweise zuläßt. Um die Tragweite dieser Rechtsprechung für die Frage der Abwehr richtig zu erfassen, muß man sich vergegenwärtigen, daß die vergleichende Reklame das Hauptgebiet ist, wo die Abwehr praktisch ist.

Von einer nicht genügenden Einsicht zeugt es daher, wenn Hartwig Jäger (S. 65) in der neueren Rechtsprechung des Reichsgerichtes zur Abwehr nur den der Abwehr von Rosenthal gegebenen unklaren Sinn zu erkennen mag und dem Reichsgericht vorwirft, sich überhaupt mit dieser „geringfügigen" Frage auseinandergesetzt zu haben.

4. Der Gegensatz zur Notwehr-Abwehrlehre ist also nicht darin zu sehen, daß „an sich unzulässige" Abwehrmittel vom Reichsgericht nicht zugelassen würden, — dies bildete fälschlicherweise den Hauptgegenstand der wissenschaftlichen Polemik in der Literatur gegen das Reichsgericht. Der Gegensatz zur Notwehr-Abwehr besteht aber darin, daß das Reichsgericht die Hauptbetonung darauf legt, daß gewisse Mittel in der Abwehr grundsätzlich nicht angewandt werden dürfen.

Die mißverständlichen Sätze erklären sich u. E. aus dem einmal in die Rechtsprechung aufgenommenen ungenauen und noch nicht durchdachten Abwehrbegriff, dessen sich die Praxis sofort ausbeuterisch oder polemisch bemächtigte, und der Besorgnis, daß die Abwehr vom Wettbewerber mißbraucht werde.

Seit langem steht eindeutig fest, daß unwahre und irreführende Behauptungen auch in der Abwehr nie Anwendung finden können, und zwar ganz gleich, ob es sich um Äußerungen handelt, die in der Öffentlichkeit den Anschein eines besonders günstigen Angebots hervorzurufen geeignet sind, oder ob es private Mitteilungen (§ 1 oder § 14 UWG.) sind. (Zum Beispiel MUW. XI/471, XII/131, XXVI/217, 31/273/524, 37/297 GRUR. 33/581.)

5. Bezüglich der zulässigen Art und Form in der die Beschäftigung mit der Person oder der Ware des Mitbewerbers gestattet ist, unterlag die Rechtsprechung gewissen Schwankungen. Hier gab es auch einzelne Entscheidungen, die völlig aus dem Rahmen fallen, z. B. die Entscheidung MUW. 29/546 (Film-Bühne). Die dort zugelassene Abwehr ist einwandfrei gehässig und persönlich. Betrachtet man die große Anzahl der Entscheidungen, so fällt auf, daß ältere Urteile weitherzig in der Zulassung scharfer, satirischer, herabsetzender Ausdrücke in bezug auf den Mitbewerber waren. Hier galt tatsächlich der Satz, daß scharfe Ausdrücke zuzulassen seien, so wie ihn der Laie versteht. Dies erklärt sich aus der damals herrschenden oder noch nicht eindeutig überwundenen Anschauung — für die frühere Literatur ist die Auffassung Baumbach in der 1. Auflage seines Kommentars 1929 (LV 7 B, S. 532) typisch —, daß grundsätzlich die Befassung mit dem Mitbewerber erlaubt sei. Hatte nun der Mitbewerber gar einen unlauteren Angriff begangen, so versteht man, daß die Abwehr des Angegriffenen nicht auf der Goldwaage geprüft wurde und daher scharfe persönlich-werdende Ausfälle erlaubt waren. Anstoß nahm man nur dann, wenn der Angegriffene ohne wählerisch zu sein und ohne sich gegen einen bestimmten Angriff zu wehren, ganz allgemein über den Angreifer mit Beschimpfungen herfiel. (RG. JW. 08/134, MUW. 27/28, S. 345). Meist wurde aber in einem solchen Falle eine Überschreitung der Abwehr festgestellt.

Später als die vergleichende Reklame für grundsätzlich wettbewerbsfremd erkannt wurde, verbot das Reichsgericht die gehässige, herabsetzende und unsachliche Abwehr gänzlich. Heute kann man sagen, daß die Rechtsprechung außerordentlich streng in der Beurteilung der Form der Abwehr geworden ist und als obersten Grundsatz und Ausgangspunkt für die Abwehr unbedingte Sachlichkeit verlangt. (z. B. GRUR. 35/60, 38/267, 39/77.) Soweit auch heute noch gilt, daß in der Abwehr scharfe Ausdrücke zulässig seien, ein unlauterer Angriff u. U. scharfe Abwehrmaßnahmen rechtfertige, ist dieser Satz, dahin auszulegen, daß die sachliche Auseinandersetzung mit aller Schärfe, d. h. mit aller gedanklichen Konsequenz geführt werden darf (sachliche Herabsetzung ist erlaubt), daß aber keine scharfen Ausdrücke im Sinne der Lockerung der sachlichen Form (bissige, satirische, anzügliche, verächtliche, beschimpfend-wertende Aeußerungen) zu gestatten sind (unsachliche Herabsetzung ist verboten). Selbstverständlich sind die Grenzen zwischen sachlicher und unsachlicher Herabsetzung flüssig; es kommt aber wie überall auf die Tendenz an.

6. Hand in Hand mit der Herausarbeitung der Einschränkung der Abwehrmittel ging auch eine immer schärfere Prüfung, ob die behauptete Abwehrhandlung im Einzelfall erforderlich und geboten war. Um dem Mißbrauch der Abwehrargumentation für Handlungen, die überhaupt nicht geeignet sind den behaupteten Angriff abzuwehren, hat das Reichsgericht gelegentlich ausgesprochen, daß die Abwehr gleicher Art, wie der Angriff sein müsse. Dies geschah z. B. in der Entscheidung MUW. 32/254, welche Hartwig Jäger (a. a. O. S. 66) in ganz unverständiger Weise dazu benutzt, um gegen die Moralität des Reichsgerichts eine Attacke zu reiten.

Aus dieser natürlichen Erwägung hat sich nun für die Abwehr durch vergleichende bzw. persönliche Reklame in der Rechtsprechung mehr oder weniger der Grundsatz entwickelt, daß Voraussetzung einer solchen sei, daß der Angreifer auf demselben Wege (also mit einer Hereinziehung der Verhältnisse des anderen) vorangegangen ist. In ihrer für das Wettbewerbsrecht meist verderblichen Sucht Normen aufzustellen, hat die Literatur das Reichsgericht wohl in einzelnen Fällen zu einem solchen dogmatischen Ausspruch verführt, aber auch dort ist noch die natürliche Betrachtung zu spüren. Dieß gibt übrigens in GRUR. 36/149/150 die Entscheidung des Reichsgerichts in GRUR. 33/249 falsch wieder. Das Reichsgericht sagt in dieser Entscheidung nur: Die Abwehr dürfe nur soweit gehen, als sie notwendig sei, im wesentlichen sei die Bezugnahme auf den anderen also nur dann zulässig, wenn letzterer auf diesem Wege vorangegangen ist. In einer späteren Entscheidung (GRUR. 35/468) hat sich das Reichsgericht dann zu der zu engen Maxime bekannt,

doch bleibt auch hier noch der Hinweis auf das undogmatische, bewegliche Wesen der Abwehr bestehen.

Im Gegensatz zu dieser Entscheidung läßt das Reichsgericht aber auch die Abwehr durch Bezugnahme auf den Gegner zu, wo dieser sich „nur" einer unwahren Reklame, einer unwahren Darstellung der eigenen Verhältnisse, schuldig gemacht hat, vgl. hierzu GRUR. 34/621, 35/183; ganz breit und ausführlich behandelt übrigens das OLG. Hamburg (MUW. 38/108) den Fall der Herabsetzung zur Abwehr gegenüber einer Verletzung des § 3 UWG. Die oben genannte Maxime ist also nicht unbedingt maßgebend.

In diesem Zusammenhang wurde auch die Abwehr für unerlaubt erklärt, wenn die gerichtliche Hilfe ausreichend erschien (Subsidiarität der Abwehr, vgl. Reimer a. a. O. I, 20. Kapitel, Anmerkung 4, S. 160, OLG. Hamm MUW. 27/28/65 GRUR. 33/249 Sonderkammer des Landgerichts Berlin (Richter Rudloff und Blochwitz) Urteil vom 11. 12. 37; 221 O. 244/37). Dieser Grundsatz hat sich noch nicht allgemein in der Praxis durchgesetzt. Außer der genannten Entscheidung des OLG. Hamm ist uns kein Urteil bekannt, wo wirklich eine Abwehrhandlung allein, weil gerichtliche Hilfe zureichend erschien, verboten wurde. Nur dort, wo die Abwehrhandlung auch andere Mängel aufwies, wurde in zweiter und dritter Linie auch auf die Subsidiarität hingewiesen. Übrigens wann erscheint die gerichtliche Hilfe, etwa eine einstweilige Verfügung, gegenüber einem schon begangenen, aber fortwirkenden Angriff (der Hauptfall, der in Betracht kommt!!) ausreichend? Unlautere Reklame wirkt fort, auch wenn der Betroffene eine einstweilige Verfügung in der Hand hat.

Außerdem wurden an den zeitlichen Zusammenhang zwischen Angriff und Abwehr höhere Anforderungen gestellt. Das Reichsgericht spricht jetzt davon, daß der Angriff gegenwärtig sein müsse (z. B. GRUR. 39/77). (Die Notwehr-Abwehrlehre ist hier getreulich den Gerichten gefolgt.)

Irrig wäre es aber zu glauben, die obengezeigte Einschränkung der zulässigen Abwehrmittel beruhe nur auf dieser schärferen Erfassung des Merkmals der Erforderlichkeit der Abwehr, stelle also in Wirklichkeit nur einen aus diesem Tatbestandsmerkmal abgeleiteten Satz dar. Die Formulierungen des Reichsgerichts sind in diesem Punkt für den unvoreingenommenen Betrachter unmißverständlich. Ausdrücklich wiederholte es immer wieder, daß bei der Anwendung gewisser Abwehrmaßnahmen überhaupt gar nicht in eine Prüfung der Erforderlichkeit oder Gebotenheit der Abwehr eingetreten werden müsse. Vergleiche hierzu unsere Ausführungen gegenüber Callmann IV. Kapitel 3 der Arbeit S. 24 und die dort zitierten Entscheidungen.

7. Fragen wir nach der rechtlichen Begründung die das Reichsgericht seiner Rechtsprechung gibt, so suchen wir nach einer solchen vergeblich. Die

Sätze über die Abwehr haben sich aus der Praxis des Wettbewerbes ohne einen weiteren theoretischen Unterbau entwickelt. Es ist klar, daß sich diese Rechtsprechung mit einer Anwendung der Notwehrgedanken nicht erklären läßt. Da man aber der Zurückführung der Abwehr im Wettbewerbsrecht auf die Notwehr die Plausibilität zunächst nicht absprechen kann, hätte sich das Reichsgericht mit der von der Notwehr-Abwehrlehre aufgezeigten Zwangsläufigkeit, was die Streitfrage der in der Abwehr zulässigen Mittel angeht, beschäftigen und einen positiven Anhaltspunkt für seine abweichende Anschauung geben müssen. Dies insbesondere deshalb, weil das Reichsgericht in ständiger Rechtsprechung (z. B. RG 62/102/225, 149/332) ähnlich wie die Vertreter der Notwehr-Abwehrlehre einen unlauteren Wettbewerbsangriff als einen rechtswidrigen Eingriff in das „Recht am eingerichteten Gewerbebetrieb", das ein sonstiges Recht im Rahmen des § 823 Abs. 1 bzw. § 1004 BGB. darstellt, ansieht. Die Verteidigung gegen rechtswidrige Verletzungen der Güter des § 823 bildet aber vorzugsweise den Anwendungsfall der Notwehr. Was hat diese Inkonsequenz für Hintergründe?

VI. Kapitel: Die nicht auf dem Boden der Notwehr-Abwehrlehre stehende Literatur

Auch in der Wettbewerbs-Literatur wurde der Standpunkt des Reichsgerichts vielfach übernommen. Allerdings beschränkte man sich im allgemeinen darauf, die verschiedenen Entscheidungen des Reichsgerichts zu zitieren.

1. Über die Stellung Rosenthals (a. a. O., § 1, Anmerkung 30, Anmerkung 8), die die älteren Entscheidungen des RG. stark beeinflußte, haben wir schon einiges ausgeführt (siehe S. 14). Mit der von der Notwehr hereingetragenen Problematik setzt er sich aber nicht auseinander; überhaupt läßt sich aus seinen Formulierungen nichts Brauchbares für die Systematik der Abwehr entnehmen.

Elster (Komm. zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 9. Auflage 1932, § 1, Anmerkung 10, S. 93) faßt sich kurz, ganz im Sinne des RG. und fügt unter Berufung auf Rosenthal gegen Callmann und Baumbach hinzu, daß der Notwehrbegriff nicht unbedingt maßgebend sei. Eine Begründung hierfür fehlt.

2. Becher (Komm. zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 2. Auflage 1932, § 1, Anmerkung 21) will dem einen unlauteren Angriff Abwehrenden einen etwas größeren Spielraum gewähren; an sich unlautere Mittel,

wie sie der Angreifer evtl. benutzt hat, dürfen aber nicht angewandt werden. Bemerkenswert ist bei Becher der Satz, daß eine gegenseitige Aufrechnung von Handlungen, die gegen das Wettbewerbsgesetz verstoßen, ausgeschlossen sei, soweit nicht die besonderen Vorschriften über die Notwehr (§ 227 BGB.) zur Anwendung kommen. Becher ist also trotz Bejahung der Stellungnahme des Reichsgerichts der Ansicht, daß es im Wettbewerbsrecht Fälle gibt, in denen Notwehrhandlungen möglich sind. Wie wir später sehen werden, schneidet er hier etwas Richtiges an, allerdings fehlt die Begründung gänzlich dazu, denn so wie Becher seine Ansicht vorträgt, kann ihm immer geantwortet werden, daß in sämtlichen Fällen der Abwehr gegen einen unlauteren Angriff, wo er wie das RG. an sich unzulässige Abwehrmittel nicht zulassen will, § 227 BGB. Anwendung finden müßte, und damit auch unzulässige Abwehrmittel jeder Art.

3. Baumbach hat in seinem Kommentar von 1929, LV 7 B, S. 532, sich einerseits für die Anwendung der Notwehrgrundsätze eingesetzt, aber andererseits damit geschlossen, daß auf keinen Fall einem unlauteren Angriff mit unlauteren Mitteln begegnet werden dürfe. Auch wollte er den Lockerungsversuch Rosenthals nicht anerkennen. Den allzu krassen Widerspruch hat Baumbach nun in den späteren Auflagen seines Kommentars (1936, Abs. II, Kapitel 5, S. 45; 1938, Allgem. IX 2 A, S. 52) dahin korrigiert, daß er grundsätzlich sich der Meinung des Reichsgerichts anschließt. Er erklärt aber gleichzeitig, daß die Notwehr nur ein Unterfall der Abwehr sei. Durch diesen kleinen Satz wird etwas Licht auf die in der ersten Auflage vertretene widerspruchsvolle Meinung geworfen. Im übrigen glauben wir diesen Satz nur so erklären zu können, daß Baumbach ähnlich wie Becher in bestimmten Fällen der Abwehr eines unlauteren Angriffes doch die Notwehrgrundsätze zur Anwendung bringen will; mit andern Worten, daß die Notwehr nicht restlos durch die Abwehrgrundsätze des Reichsgerichts verdrängt worden ist.

Aber auch bei Baumbach fehlt jede Begründung für eine solche Lösung des Abwehrproblems. Nach seinen sonstigen Theorien hätte man ihn eher auf seiten der Notwehr-Abwehr zu finden erwartet. Er vertritt trotz schärfster Kritik seit Jahren den radikalen Standpunkt, daß die Generalklausel des UWG. überhaupt überflüssig sei, da die unlautere Wettbewerbshandlung in Wirklichkeit eine Verletzung des § 823 bzw. 1004 BGB. darstelle (a. a. O. 1938, Allgem. III G, S. 14). Konsequenterweise müßte daraus die bedingungslose Anwendung der Notwehr für jeden Fall der Abwehr folgen.

Die gesuchte rechtliche Lösung des Abwehrproblems haben wir also in dieser Literatur auch nicht gefunden und doch scheint uns hinter diesen unentschieden hin und her schwankenden Sätzen als mächtiges, wiewohl unklar um-

rissenes Argument zu stehen: daß der Tatbestand eines unlauteren Wettbewerbsangriffes und der Abwehr desselben eben wegen der Eigenart des Wettbewerbs anders beurteilt werden müsse als eine außerhalb des Wettbewerbs liegende Abwehr.

5. Gerade ausgehend von den Wirklichkeiten des Wettbewerbslebens und Wettbewerbsrechtes kam Hartwig Jäger (a. a. O. S. 60—68) zu einer ganz radikalen Lösung des Abwehrproblems. Er hält die Abwehrargumentation im Wettbewerbsrecht für generell unanwendbar. Das Wettbewerbsrecht sei wesentlich Spiel- und Kampfregel, im Gewerbeleben solle die Öffentlichkeit aus dem Ergebnis des Kräftemessens weitere Schlüsse ziehen. Wird ein Spieler unfair angegriffen, so könne es keineswegs erlaubt sein, diesem Angriff mit ebensolchen Mitteln zu begegnen, denn sonst ginge der spezifische Spielgedanke verloren. Durch das Wettbewerbsrecht sei nicht der einzelne, sondern das öffentliche Wohl geschützt. Der einzelne sei also durch eine unlautere Wettbewerbshandlung des Mitbewerbers gar nicht im Sinne des privatrechtlichen § 227 BGB. angegriffen, und könne daher bei Verletzung der Wettbewerbsordnung von seiner Seite nicht Notwehr für sich in Anspruch nehmen.

Neben der Ansicht der Notwehr-Abwehrlehre, die grundsätzlich an sich unzulässige Abwehrmittel jeder Art zuläßt, und der des Reichsgerichts, welche der Abwehr einen beschränkten Raum hinsichtlich der anwendbaren Mittel zugesteht, haben wir also eine dritte Ansicht, die aus Gründen der Abwehr überhaupt nichts anderes zulassen will, als was sonst auch zulässig wäre, m. a. W.: die Abwehr im Wettbewerbsrecht grundsätzlich ablehnt.

VII. Kapitel: Gegenüberstellung der einzelnen Meinungen. Neue Fragestellung

Betrachtet man ganz allgemein die verschiedenen Lösungen der gleichen Frage, so ergibt sich, daß einmal dem Einzelnen eine grundsätzlich unbeschränkte, ein andermal eine beschränkte Möglichkeit zur Durchsetzung seines Rechts auf Kosten und unter Verletzung der Rechtsordnung des Wettbewerbs zuerkannt wird, und daß ein drittes Mal die Verletzung des Wettbewerbsrechtes zu privaten Zwecken überhaupt nicht gestattet wird, da kein dem einzelnen Mitbewerber zustehendes, notwehrfähiges Rechtsgut verletzt worden ist. Will man daher im Streit der Meinungen zu einer richtigen Antwort gelangen, so muß die Frage untersucht werden, ob und wieweit der Einzelne und seine Belange oder ein diesen übergeordnetes, daher zugunsten des Einzelnen

nicht preiszugebendes Gemeinschaftsinteresse durch die Wettbewerbsgesetzgebung geschützt ist. Mit anderen Worten: Es ist zu untersuchen, welches das durch die Wettbewerbsordnung geschützte Rechtsgut ist. Gegenüber Rudloff und Blochwitz (a. a. O. S. 69) und andern ist damit bewiesen, daß schon aus diesen Gründen die Frage nach dem Rechtsgut des Wettbewerbsrechts auch für den Praktiker nicht mehr belanglos ist.

Gibt man dem einzelnen ein Notwehrrecht im Wettbewerb, so findet dieses nur seine Beschränkung in den Notwehrgrundsätzen, eine Abmilderung derselben ist nicht möglich.

Jede Beschränkung der Abwehr gegenüber der Notwehr, auch jene, welche die Notwehr-Abwehrlehre selber vornimmt, läßt sich nur durch die Aufgabe einer rein individualistisch-privatrechtlichen Betrachtung des Wettbewerbsrechtes begründen. Jägers Auffassung ist deshalb besonders zu begrüßen, weil er ein möglicherweise entscheidendes Argument gegen die Ansicht der Notwehr-Abwehrlehre, nach welcher die Notwehrgrundsätze mit der Folge der Zulassung von Abwehrmitteln jeder Art zwangsläufig zum Zuge kommen müßten, in die Diskussion warf. Man hatte vergessen, daß zwar die Notwehr, wenn sie angewandt werden kann, radikal und voraussetzungslos ist, daß aber vorher bestimmte Voraussetzungen gegeben sein müssen, also hier, daß ein dem einzelnen zustehendes Rechtsgut, das auch durch wettbewerbswidrige Handlungen verteidigt werden kann, verletzt worden ist. Wenn nun das Reichsgericht in seinen Entscheidungen beharrlich notwehrfremde Einschränkungen gemacht hat, so wäre zu untersuchen gewesen, ob es sich damit nicht doch tatsächlich (theoretisch tat es das nicht klar) von den der Diskussion zugrunde liegenden Grundthesen unterschied. Eine Diskussion, die sich nicht mit diesen Voraussetzungen beschäftigte, mußte notwendig oberflächlich bleiben und sich immer in den gleichen ausgefahrenen Geleisen bewegen.

Wenn wir nun im folgenden Erörterungen über das Rechtsgut des Wettbewerbsrechts anstellen, so ist zu beachten, daß im Rahmen der Arbeit dieses Grundthema des Wettbewerbsrechtes nicht erschöpfend behandelt werden kann, zumal im derzeitigen Stadium man zwar in der Abgrenzung gegen frühere Irrtümer ziemliche Klarheit erlangen kann, aber hinsichtlich der positiven Formulierung alles im Fluß und im Werden vorfindet. Es wird uns aber möglich sein, mit genügender Deutlichkeit die Stellung des *Einzelnen* im Wettbewerbe herauszuarbeiten, so daß wir auf unsere weiter oben formulierte Frage: „wieweit der Einzelne Abwehr üben kann", eine begründete Antwort geben können.

VIII. Kapitel: Das Rechtsgut des Wettbewerbsrechts

1. Allgemeines

Die Frage nach dem durch die Wettbewerbsgesetzgebung geschützten Rechtsgut ist „metajuristisch" (vgl. über diesen Begriff Carl Schmitt, a. a. O., S. 31/32), und zwar insofern, als man eine Antwort auf diese Frage nicht im Gesetz selber finden kann. Diese Frage läßt sich nur aus vorrechtlichen, dem allgemeinen philosophischen, politisch-geistigen Leben entnommenen Ideen beantworten.

Wir haben heute wieder eingesehen, daß das Recht der Verwirklichung von Zwecken, von politisch gefundenen Wertungen dient, und je nachdem, welche weltanschaulichen Voraussetzungen gegeben sind, seinen Inhalt wechselt, ohne daß ein Buchstabe geändert zu werden braucht (Carl Schmitt a. a. O., S. 59). Man ist sich auch im klaren darüber, daß das scheinbar voraussetzungslose Denken des Rechtsstaates alter Prägung eben von ganz bestimmten politischen Wünschen geleitet, also keineswegs „rein sachlich" oder gar das „allein mögliche" war. Für die folgende Betrachtung ist es wichtig, sich gerade dieser Tatsachen besonders intensiv zu erinnern, denn nicht allein die Ergebnisse von Rechtsfragen sind hiervon bestimmt gewesen, sondern überhaupt die ganze Fragestellung selber, die scheinbar philosophisch allgemein gültig an jeden vorkommenden Tatbestand in gleicher Weise heranzutragen war. Die ganze Rechtssystematik vor 1933, die Rechts*begriffe*, die die Verständigung und Diskussion in dieser Zeit überhaupt ermöglichten, sind von vornherein durch ein bestimmtes politisches oder philosophisches Bild geprägt worden. Dies gilt in besonders starkem Maße von der *Frage nach dem Rechtsgut*.

Die historische Ermittlung des Gesetzgeberwillens (historische Auslegung) und die konkreten Worte der einzelnen Normen können für die Beantwortung der Frage nach dem geschützten Rechtsgut eines Gesetzes, das ein gewisses Alter besitzt, nicht von ausschlaggebender Bedeutung sein. Wenn früher aus der ausschließlichen Klageberechtigung des Wettbewerbers der Schluß gezogen wurde, daß allein dessen Güter im Wettbewerbsrecht geschützt werden, so kann dieser § 13 selbst einer völlig entgegengesetzten Anschauung nicht mehr entgegenstehen, wenn man den einzelnen nicht mehr als letzte Wertinstanz, sondern als Glied einer Gemeinschaft und als Treuhänder derselben und ihn nur in seiner Funktion fürs Ganze geschützt ansieht. Hartwig Jäger (a. a. O. S. 25—29) befindet sich im Irrtum, wenn er für seine These, daß nicht der einzelne, sondern das öffentliche Wohl durch die Wettbewerbsgesetze geschützt sei, den verwaltungsrechtlichen und öffentlich-rechtlichen Charakter bestimmter

Wettbewerbsnormen (etwa der Ausverkaufsbestimmungen ...) anführt. Der Schutz des einzelnen ist nicht auf das Privatrecht beschränkt (vgl. § 242 StGB. = Rechtsgut ist dort das Privateigentum) und umgekehrt werden öffentliche Belange weitgehend durch privatrechtliche Gestaltungen geschützt (in übertragenem Sinne ist das eine Selbstverwaltung). Je weiter sich das neue Recht entwickelt, desto weniger gibt es jene alte Trennung zwischen öffentlichem und privatem Recht.

In weitgehendem Maße erlauben aber die Gesetzesbestimmungen, welche heute erlassen sind, in denen die herrschenden Anschauungen der Zeit ohne parlamentarisches Kompromiß einheitlich und autoritativ zum Ausdruck kommen konnten, einen Schluß auf das heute hinter der Wettbewerbsgesetzgebung zu suchende Rechtsgut. Unterstützt wird diese Möglichkeit, hinter das Gesetz zu schauen, durch die Motive, Berichte der Akademiekommissionen, aber insbesondere durch den Gesetzgeber selbst. Er legt ja heute in ganz hervorragender Weise seinen Willen und den Sinn und Zweck eines Gesetzes durch Vorsprüche im Gesetz selbst fest. Er stellt sich somit eine größere Gesetzgebungsaufgabe als der frühere Gesetzgeber, dem es lediglich auf die automatische Anwendbarkeit der von ihm geschaffenen Normen ankam. Aus diesen Gründen wird es für die Ermittlung des dem Grundgesetzgebungswerk des Wettbewerbs (UWG.) nach heutigem Urteil zugrunde zu legenden Rechtsgutes viel auf die neuesten Ergänzungsgesetze ankommen.

2. Die privatrechtlichen Rechtsgutstheorien (die Theorie vom Persönlichkeitsrecht [Kohler, Lobe, Smoschewer, Reinhardt, Elster], vom Recht am Unternehmen [Rudolf Isay, Callmann, Baumbach, Reimer], vom Recht am eingerichteten Gewerbebetrieb [Reichsgericht] *) sahen als Aufgabe des Wettbewerbsrechtes den Schutz der materiellen, privaten Interessen des einzelnen Mitbewerbers an; geschützt wird das Rechtsgut des einen gegen Eingriffe der Inhaber fremder Rechtsgüter. Das Wettbewerbsrecht besaß also lediglich den Charakter einer individualistischen Unrechtsbekämpfung (vgl. Muscheidt a. a. O. S. 24 und die dort angegebene Literatur). Es bestand nach dieser Vorstellung nur aus einer Reihe von Kollisionsnormen, ähnlich wie sie zum Schutze des Eigentums gegeben sind; und hinter einer solchen Rechtsauffassung stand die politische und wirtschaftliche Gesinnung des Einzelunternehmers und einer Wirtschaft von Einzelunternehmen als höchster Organisationsform wirtschaftlicher Belange.

*) Aus der Ueberfülle der Literatur, die sich kritisch mit den einzelnen Theorien befaßt, seien die Darstellungen und Zusammenfassungen Hermann Isays a. a. O. S. 18—32, 36—48, Nerreters a. a. O. S. 86—102, Wilhelm Muscheidts S. 19—24, 24—31 und Gerhart Keins S. 29—48 genannt, dort auch die Original-Literaturangaben.

Der letzte und höchste Wert war der einzelne und sein Besitz, nur diese Werte erschienen einer rechtlichen Erfassung zugänglich. Dementsprechend war die gesamte Rechtswissenschaft auf die Schaffung dazu korrespondierender, analytisch scharf formulierbarer Begriffe eingestellt. Der Sinn für organische Vorgänge, für das Lebendige selber, d. h. für das Irrationale, das grundsätzlich nicht expliziert werden kann ohne getötet zu werden; der Sinn für organische Rechtsbegriffe, deren Fülle und Wirksamkeit sich im Einschluß und nicht im Ausschluß zeigt, war vollkommen — wenigstens im Wettbewerbsrecht — verloren gegangen. Die Beziehungen des einen Menschen zum anderen waren lediglich fingierte Linien (vgl. dagegen Otto v. Gierkes Realitätsbegriff), sie hatten aber keine reale Existenz und konnten daher auch nicht Gegenstand einer rechtlichen Regelung sein. Existent war nur der reale Niederschlag der Tätigkeit des Einzelmenschen in seinen materiellen Gütern, und nur deren Verkehr war zu regeln. Noch weniger realisierbar war der Gedanke, daß aus dem Zusammenwirken all der Einzelnen ein neues reales Sein überindividueller, gemeinschaftlicher Art entstehen könne. Man wollte auch nicht erkennen, daß das Funktionieren und der Ablauf der Wirtschaft bzw. des gesamten Lebens eben doch auf einer positiven Ordnung und nicht auf der Freiheit von einer solchen beruhte. Die Organisation des Staates bzw. der Wirtschaft erfolgte außerhalb der Wirksamkeit des Staates, außerhalb der Sphäre des Rechts im Wege eines nach angeblich automatisch wirkendem Naturgesetz hergestellten Interessenausgleichs aller Einzelbelange. (Das Prinzip des Laissez faire in seiner anfänglich ganz starren, später unter dem Druck der Verhältnisse langsam modifizierten Gestaltung.) So wurde das staatliche, wirtschaftliche Leben und das Recht seiner Spannung beraubt, aufgelöst und zergliedert in rein statische Elemente. Das dynamische Moment des Lebens und die positive Ordnungen gestaltende Funktion des Rechts wurden völlig negiert.

Gerade der Begriff des Rechts gutes, die spezifische und ständige Frage nach dem geschützten Rechtsgut ist eine typische Geburt des liberalistisch-kapitalistischen Rechtsstaates. Die einer differenzierten rechtlichen Gestaltung feindliche Haltung des Zeitalters kommt hier sehr stark zum Ausdruck, denn man verlangt, daß das Recht grundsätzlich und letztlich dem Schutze eines greifbaren, genau definierbaren Interesses diene, und zwar selbstverständlich dem Schutze gegen Angriffe auf Güter des Einzelnen. Das Wort „Gut" ist hier nur wenig in übertragenem Sinne zu gebrauchen, es sind die materiellen Güter, der Besitz in mehr oder weniger gegenständlicher Form. Bei jeder bisherigen Erörterung über das Rechtsgut des Wettbewerbsrechtes taucht als wesentliches Problem die Frage auf, wel-

chem Subjekt nun dieses Rechtsgut als Objekt zustehe. Wer hierauf keine die Besitzesvorstellung befriedigende Antwort geben kann, wird von vornherein nicht ernst genommen. Hieraus ergibt sich mit aller Deutlichkeit die Richtigkeit unserer These: Daß allein schon die Frage nach dem Rechtsgut im alten Sinne eine grundsätzliche Entscheidung bedeutet, denn wenn man im übertragenen Sinne von einem Gut spricht, so spielt die Frage Subjekt — Objekt keine Rolle, so wird nur gedacht in einer rein privatrechtlichen, bürgerlich-kapitalistischen Besitzesordnung. Die Frage ist eben schon so gestellt, daß nur die Antwort der privatrechtlichen Theorien dem gesteckten Rahmen entsprechen kann. Beispielhaft für diese Mentalität seien einige Literaturäußerungen aufgeführt gegenüber der genannten Schrift von Hermann Isay „Das Rechtsgut des Wettbewerbsrechts", in welcher das Berufsethos der Wettbewerber zum geschützten Rechtsgut des Wettbewerbsrechts in Ablehnung aller rein privatrechtlicher Theorien erklärt wurde (Callmann in MUW. 33/162, Baumbach 1938 Allgem. III 2 A, S. 11.

Wir können in diesem Zusammenhange die Lehre Lobes und seiner Anhänger vom Persönlichkeitsrecht von diesem Vorwurf nicht ausnehmen, denn auch diese Lehre ist völlig in der Vorstellung von individuellen Schutzgütern befangen, obwohl sie richtig erkennt (vgl. hierzu die neue Zusammenfassung der zum Persönlichkeitsrecht führenden Gedankengänge durch Nerreter a. a. O. S. 86—101), daß es auf die konkreten, materiellen, statisch gedachten Güter nicht ankommt, und somit neuere philosophische und naturwissenschaftliche Erkenntnisse verwertet.

Der von den Vertretern der privatrechtlichen Theorien gebrauchte und für sie absolut wesentliche Begriff vom Rechtsgut gehört der von uns kurz charakterisierten, atomistischen, rein gegenständlichen, liberalistischen Rechtsordnung an, und muß mit Überwindung derselben beiseite gelegt werden. Wir können es uns daher auch ersparen, auf die rechtlichen Schwierigkeiten einzugehen, denen die Privat-Rechtsguts-Theorien bei der logisch notwendigen „Schaffung" eines absoluten Rechts als Rechtsgut des Wettbewerbsrechts nicht entgehen können. Die grundsätzlichen rechtlichen Fehler dieser Lehren, hat H. Isay (a. a. O.) und teilweise auch Nerreter (a. a. O.) einleuchtend nachgewiesen. Im übrigen haben wir einige ihrer für das Wettbewerbsrecht unerfreulichen Auswirkungen bei der Besprechung der Notwehr-Abwehrlehre schon kennengelernt.

Spricht man dem Recht wieder die Gestaltung ideeller Gemeinschaftswerte zu, was zur Voraussetzung hat, daß der Glaube an solche besteht, so ergeben sich von vorneherein andere Denkformen. Für das heutige Wettbewerbsrecht hat dies Utescher in seinem Vortrag auf der Versammlung der Deutschen Ar-

beitsgemeinschaft für gewerblichen Rechtsschutz in der Akademie für deutsches Recht am 4. Dezember 1935 (GRUR. 36/11) deutlich ausgesprochen: „In der gleichen Linie kapitalistischen Denkens würde übrigens auch liegen, wenn man die rechtspolitische Frage für das Wettbewerbsrecht stellen will, was „das geschützte Rechtsgut" sein soll! Nach unserer Auffassung muß auf einem Rechtsgebiet, das menschliche Beziehungen und das Verhalten von Menschen regeln soll, die Vorstellung von Gütern ausgeschaltet werden."

Es wäre also richtiger, lediglich vom Sinn und Zweck der gesetzlichen Regelung des Wettbewerbes zu sprechen, denn diese Worte verhindern ein Abgleiten in die alte Vorstellungswelt der Besitzesordnung, aus der die privatrechtlichen Rechtsgutstheorien ebenso wie der Rechtsgutbegriff in seinem spezifischen Sinne herstammen.

2. Die historische Überwindung der geistigen Grundlagen der Privatrechtsgutstheorien

In unserer bisherigen Erörterung über das Rechtsgut des Wettbewerbsrechts ging es uns darum, zu zeigen, welche Gefahren der begrifflichen Einengung bei der Betrachtung zu vermeiden und welche geistigen und positivrechtlichen Fesseln zu sprengen sind. Zugleich zeigten wir auch schon die Grundgedanken auf, die heute zu einer entschiedenen Ablehnung der privatrechtlichen Rechtsgutstheorien führen müssen.

Wenn wir schließlich überhaupt den Begriff des Rechtsguts für das Wettbewerbsrecht ausgemerzt wissen wollten, so mehr aus dialektischen Gründen und um der Güter- und Besitzesvorstellung entgegenzuarbeiten. Im weiteren Verlauf der Arbeit werden wir daher — schon der leichteren Verständigung halber — weiterhin vom Rechtsgut sprechen, sind uns aber bewußt, daß hiermit möglicherweise etwas völlig anderes als ein privatrechtliches Besitzesgut verstanden werden muß.

Mit der Zitierung Uteschers, dessen Formulierung mehr die unseren neuesten Erkenntnissen gemäße Forderung nach einer Vergeistigung der Rechtsprobleme als einen bestimmten Inhalt bezeichnet, haben wir eine ganze lange Entwicklung unseres Wirtschafts- und Geisteslebens übersprungen, die es nun kurz darzustellen gilt.

Die bei der erstmaligen Aufstellung der verschiedenen privatrechtlichen Theorien, in den Jahrzehnten um die Jahrhundertwende, maßgebenden wirtschaftlichen und politisch-sozialen Anschauungen wurden in der Folge durch zwei Faktoren, die mehr oder minder Hand in Hand wirkten, völlig verändert

und zwar durch die mit eiserner Notwendigkeit fortschreitende wirtschaftliche Strukturveränderung und durch die Bildung einer neuen Gesellschafts- bzw. Gemeinschaftsethik. Durch beide Erscheinungen veränderte sich die Stellung des Individuums, des einzelnen Mitbewerbers.

Konnte man zu jener Zeit noch als das wesentliche wirtschaftliche Organisationsmoment den Einzelbetrieb, der völlig ungegliedert und freiheitlich den anderen Wirtschaftseinheiten gegenüberstand, ansehen (Geiler, Konkretisierung, S. 259), so wandelte sich das Bild infolge des naturnotwendigen Heraufkommens des Hoch- und Spätkapitalismus, der aus wirtschaftlichen Gründen die Freiheit des einzelnen Gewerbetreibenden aufhob und eine Fülle von Gemeinschaftsformen und Gemeinschaftsinteressen schuf. Und zwar zeigt sich dieser Zug zur Vergemeinschaftung in der Schaffung großer wirtschaftlicher Zusammenballungen und Querverbindungen, ebenso wie in der ständigen zahlenmäßigen Zunahme und Kompetenzerweiterung der Berufsverbände, die gemeinsame Interessen aller Berufsgenossen wahrnehmen (Geiler, Moderne Rechtswandlungen, S. 175—179, Konkretisierung, S. 261, Hermann Isay a. a. O. S. 64, Anmerkung 1).

Diese Tendenz brachte zwangsläufig eine Vergeistigung und Differenzierung der Rechtsvorstellungen mit sich, es entwickelte sich ein neuer Sinn für die Wahrnehmung gesellschaftlicher, überindividueller Beziehungen, die in ihrer Imponderabilität dem „bloßen" Auge leicht entgehen können. Die Wirtschaft erschien nicht mehr als die Summe aller wirtschaftenden Einzelwesen, sondern als ein neuer komplizierter Organismus, in dem der Einzelne seine Funktion zur Erhaltung des Ganzen ausübt.

Den schärfsten Einbruch in die alte Gedankenwelt hatte der Weltkrieg mit seiner politisch bedingten Planwirtschaft bewirkt. In den Wehen der Nachkriegszeit gingen aber die ethischen Grundgedanken dieser Kriegsgemeinschaft verloren, übrig blieb nur die nackte Notgemeinschaft der Gewerbe- und Berufsgenossen aus rein wirtschaftlichen Gründen. Das Überindividuelle des Wirtschaftskörpers war auch nur allzu stark zu spüren als ganze Erwerbszweige auf einmal zusammenbrachen. Es trat ein neues, wirtschaftlich orientiertes Gemeinschaftsempfinden auf. Durch das gleichzeitig aufgestellte Dogma von der Eigengesetzlichkeit und Souveränität der Wirtschaft wurde aber die Reichweite dieser Gemeinschaft von vornherein einseitig räumlich und geistig beschränkt und in einen abstrakten Raum gestellt. Wollen wir diesen für die Nachkriegszeit in politischer, geistiger und sozialer Hinsicht so typischen Zustand in eine Formel fassen, so können wir sagen, daß an Stelle der atomistisch-mechanistischen Wirtschafts- und Rechtsauffassung des Vorkriegskapitalismus eine dem neueren naturwissenschaftlichen Denken (das sich ja auch

vom Materialismus im alten Sinne gelöst hatte) angepaßte, von schemenhaften doch rationalen Gemeinschafts- oder besser Gesellschaftsgedanken getragene Ideenwelt getreten war.

Auch über die Tatsache des Wettbewerbs, das Wesen des Wettbewerbens, wurden wichtige Erkenntnisse gemacht. Es wurde unterschieden zwischen dem Leistungswettbewerb und dem grundsätzlich nicht erwünschten Behinderungswettbewerb. Als positive Organisationsform der Wirtschaft schälte sich eben der Wettbewerb auf Grund des Leistungsprinzips heraus. Man sprach von einer Wettbewerbsordnung, innerhalb derer sich das wirtschaftliche Dasein des einzelnen Unternehmers abspielt. Besondere Verdienste um diesen Gedanken hat sich in neuerer Zeit Franz Böhm in seinem vielbeachteten Buch „Wettbewerb und Monopolkampf" (s. bes. S. 104, 348) erworben (vgl. hierzu auch Geiler, Moderne Rechtswandlungen, S. 181).

Klar ist, daß schon allein dieser Teil der Wandlung eine Veränderung in der Beurteilung der Stellung des einzelnen Wettbewerbers im Wettbewerb mit sich bringen mußte. Schon hier passen die privatrechtlichen Gütertheorien, die im Wettbewerbsrecht lediglich eine Rechtsordnung zur Vermeidung von Rechtsverletzungen erblickten, nicht mehr. Da der Blick vom Individuum auf eine höhere Einheit gerichtet, das Heil des Einzelwettbewerbers vom Funktionieren der gesamten Wettbewerbswirtschaft erwartet wird, muß materiell auch hier schon als direkter Schutzgegenstand ein Gemeinschaftswert angenommen werden. Als Ausdruck dieser Auffassung kann die Zugabennotverordnung vom 9. 3. 1932 (RGBl. I, 121), eine Novelle zum UWG., angesprochen werden. In der amtlichen Begründung dieser Verordnung kommt die Besorgnis des Gesetzgebers zum Ausdruck, daß durch das immer weitere Überhandnehmen des Zugabewesens die normale Basis der Wirtschaft zerstört, eine allgemeine Preiserhöhung eintreten und ganzen Berufszweigen durch Verteilung von Waren als Zugabe zu branchefremden Waren die Existenzgrundlage genommen werde.

In diesen geistigen Rahmen gehört auch die von den älteren Theorien bezeichnenderweise scharf abgelehnte Schrift Hermann Isays, in der als das geschützte Rechtsgut des Wettbewerbsrechts das Berufsethos der Gewerbetreibenden angenommen ist. In dieser Schrift zeigt sich ein grundsätzlicher Fortschritt gegenüber den alten Theorien und auch eine Andeutung der kommenden Entwicklung. H. Isay a. a. O. S. 64, Anmerkung 1 am Ende: „*Möglich*, daß die weitere Entwicklung des Wettbewerbsrechts in der Richtung vom Kartellrecht beeinflußt werden wird, daß das *Gemeinwohl in Zukunft stärkere Berücksichtigung findet*."

Neben dieser und gegen diese mehr aus dem Geiste des Kapitalismus ge-

speiste Entwicklung verlangten in Wirtschaft und Recht immer mehr soziale und sozialistische Gedanken Anerkennung, um dem rücksichtslosen Gewinnstreben des Einzelnen Einhalt zu gebieten, dem einzelnen Gewerbetreibenden seine Treuhänderrolle gegenüber dem ganzen Volke begreiflich zu machen, kurz um den Zusammenhang der Wirtschaft mit den Interessen der Gesamtnation zu sichern (Geiler, Moderne Rechtswandlungen, S. 175—179, richtig erkennt, dies auch Tschierschky, Kartell-Rundschau, 1933, S. 102).

Gerade diese Seite des politischen und geistigen Ringens ist jedem noch so im Gedächtnis, daß wir sie als bekannt voraussetzen dürfen; dagegen wollen wir die Auswirkungen dieser Strömungen im Wettbewerbsrecht genauer verfolgen. Hier konkretisierte sich der Kampf in der Frage, ob allein die Mitbewerber oder auch die Allgemeinheit, das Publikum, durch die Bestimmungen des UWG. geschützt seien.

Geiler (Moderne Rechtswandlungen, S. 180) leugnet zwar eine Auswirkung der das Gemeinwohl berücksichtigenden Gedanken für das Wettbewerbsrecht, da es sich um privatrechtliche Beziehungen handle und solche auch nur nach privatrechtlichen Gesichtspunkten zu beurteilen seien. Seiner Beurteilung liegt aber noch die veraltete Auffassung von der scharfen Trennung des öffentlichen und privaten Rechts zugrunde, wie sie unsere Zeit eben nicht mehr kennt. Die Befürchtung, durch eine gegenteilige Meinung den sogenannten unlauteren Wettbewerb zugunsten der Allgemeinheit heraufzubeschwören, beruht auf einer noch polemischen Erfassung des Gemeinwohls, gleich dem platten Nutzen des einzelnen Verbrauchers. Bei einer richtigen Erfassung des Begriffes der Allgemeinheit, des Allgemeinwohls treten solche Übelstände nicht auf.

Die Gegner der Ausweitung des Schutzbereiches des UWG. über die privaten Belange des einzelnen Wettbewerbers hinaus — sehr viele Schriftsteller haben sich in Auswirkung der von ihnen vertretenen Privatrechtsgutstheorien grundsätzlich dagegen ausgesprochen — begnügten sich mit einer mehr oder weniger positiv-rechtlichen Erklärung, die keinerlei innere Beweiskraft besitzt. So sagte Baumbach, der entschiedenste Vertreter dieser Meinung (a. a. O. 1. Auflage V., S. 128, auch 4. Auflage 1938, Allgem. III, 3, S. 15/16), das Wettbewerbsrecht regle den Wettbewerb, das Publikum, die Allgemeinheit stehe nicht im Wettbewerb, daher beschränke sich der Schutz des UWG. auf den Mitbewerber. Es sei ein grundlegender, nicht auszurottender Irrtum, daß das deutsche Wettbewerbsrecht auch das Publikum, den Verbraucher, schütze. Eine besondere Bekräftigung seiner Meinung sieht er darin, daß nur die Mitbewerber und deren Berufsverbände nach § 13 klageberechtigt sind. (Vgl. hierzu auch Callmann a. a. O. S. 43/44, dagegen unsere Ausführungen S. 42.)

Demgegenüber stand der Gedanke, daß der Wettbewerb der Gewerbetreibenden mit dem Angebot der Ware an das Publikum abschließt, und das Publikum gezwungen ist, auf Grund dieser Angebote seine Bedürfnisse zu decken, das Publikum daher höchstes Interesse hat, daß der sich vor seinen Augen abspielende Kampf wirklich die wahren Kräfte und das wahre Können der Mitbewerber zeige, damit es auf diese Weise eine vorteilhafte Wahl treffen könne. Sollte das Publikum lediglich der Kampfplatz für den Egoismus der Konkurrenten sein, und sollte eine gesetzliche Regelung, die die Wahrheit, Klarheit und Sachlichkeit im Wettbewerb verlangt, nicht ebenso dem Schutze desselben dienen? (Vgl. hierzu auch Nerreter a. a. O. S. 58.)

Das Reichsgericht ließ sich in diesem Punkte nie von der Gegenmeinung in der Literatur schrecken und betonte des öfteren, daß die Bestimmungen des UWG. nicht bloß der Wettbewerber halber gegeben seien, sondern auch den Interessen des Publikums und der Bewahrung des Rechtsfriedens dienten (z. B. RGZ. 128/343, GRUR. 27/195, MUW. 30/231 und die bei Reimer I, 3. Kapitel, S. 73, Hartwig Jäger, S. 34—36, Nerreter S. 59/60 zusammengestellten Entscheidungen). Reimer (a. a. O. I, 3. Kapitel, S. 75) nahm übrigens diese Rechtsprechung des Reichsgerichts bejahend auf, obwohl dieselbe seinen Grundprinzipien widerspricht.

Eine andere Seite desselben Problems war die Streitfrage über das, was unter den guten Sitten der Generalklausel (§ 1 UWG.) zu verstehen sei. (Den inneren Zusammenhang zu der obigen Frage hat Nerreter S. 56—58 besonders deutlich herausgestellt.) Verstand man darunter, wie Baumbach (a. a. O., 1. Auflage 1929 IX 3 C, S. 74 und 4. Auflage 1938 Allgem. IV, S. 17 ff. 2), welcher als Hauptvertreter dieser Lehre statt anderer genannt wird, nur die guten Sitten der beteiligten Mitbewerberkreise, so erschien das Wettbewerbsrecht als das autonome Recht einer Klasse (Baumbach 1938, III 3 B, S. 16, vgl. hierzu die scharfe Kritik Nilks, Das Judentum in der Rechtswissenschaft, Heft 9, S. 16). Das Publikum mußte sich bei einer solchen Auffassung unter Umständen eine Art der Werbung gefallen lassen, die sein sittliches Gefühl aufs gröbste verletzte. Wiederum stand dieser Lehre die Rechtsprechung des Reichsgerichts gegenüber, das immer wieder ausgesprochen hat, daß es für die Ermittlung der guten Sitten auf „das allgemeine Volksbewußtsein", auf die „sittliche Auffassung" oder „das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden" ankomme. (Vgl. die Zusammenstellung der Entscheidungen bei Nerreter S. 34.)

Fassen wir kurz die Entwicklung zusammen, so sehen wir, daß der einzelne Mitbewerber als letzte Wertinstanz und sein grundsätzlich freiheitlich-organisationslos gedachtes Wirtschaften verschwand und an Stelle dessen der Pri-

mat der Gesamtwirtschaft für den Wettbewerb, gekennzeichnet durch die Vorstellung der Kampf- und Wettgemeinschaft der Mitbewerber, trat. Gegenüber dieser Autonomiebewegung der Wirtschaft machten sich Stimmen geltend, die eine Verbindung und Verankerung der Wirtschaft in den ethischen Werten der Volksgesamtheit verlangten.

Man darf sich freilich diese Entwicklung, die wie alle Entwicklungen erst ex post festgestellt werden konnte, nicht als eine einheitliche, vor allem nicht als eine konsequente, offen zutage liegende vorstellen, im Gegenteil bietet sich uns in diesem Stadium ein völlig chaotisches Bild, in dem die widersprechendsten Tendenzen wirksam sind. Die alte Weltanschauung des Liberalismus und Kapitalismus ist im Wanken, teils schon gefallen, aber noch fand sich kein neues verpflichtendes Ethos, das den entscheidenden Bruch mit der Vergangenheit ermöglicht hätte.

3. Das neue Rechtsgut des Wettbewerbsrechtes

a) Die notwendige Folgerung aus dem nationalsozialistischen Umbruch

Mit der Aufrichtung des nationalsozialistischen Volksstaates wird endlich der notwendige zentrale Ausgangspunkt geschaffen, von dem aus einheitlich Wertungen getroffen werden können.

Ganz eindeutig wird der Vorrang der Politik, d. h. der Lebensordnung des deutschen Volkes auf bewußt völkischer Grundlage vor der Wirtschaft erklärt. Der Zweck der Wirtschaft ist in der Erhaltung der Gesamtnation zu sehen. Der einzelne ist vor allem Glied der Gemeinschaft, des Volkes, der Volkswirtschaft. Nur in seiner Funktion ist er geschützt; und wo ihm persönliche Schutz- und Herrschaftsrechte zustehen, sind diese als Ausflüsse jener Funktion anzusehen.

Damit wird klar, daß in einer solchen völkischen Rechtsordnung der Gemeinschaft die gesetzliche Regelung des Wettbewerbes, der ein wesentlicher Teil der Organisierung der Volkswirtschaft ist, nicht mehr allein dem einzelnen und lediglich der Fernhaltung feindlicher Einwirkungen auf dessen Güter dient, sondern das positive Zusammenleben und Wirtschaften der Mitbewerber als Gesamtheit untereinander und darüber hinaus wesentlich auch des Publikums, der Allgemeinheit im Einklang mit den sittlichen Grundforderungen völkischen Lebens zu gewährleisten hat.

Dieses im Wettbewerbsrecht wirkende öffentliche Interesse darf nicht mit dem allgemeinen Prinzip der Hinbeziehung alles Rechtes und aller Rechte auf die völkische Gemeinschaft verwechselt werden. Das öffentliche Interesse, das im Wettbewerbsrecht Geltung verlangt, ist viel spezifischerer Natur, denn das Wesen des Wettbewerbsrechtes ist die Regelung eines öffentlichen Verkehrs. Mit dem Satz, das Publikum, die Allgemeinheit steht nicht im Wettbewerb, also ist es durch das Wettbewerbsrecht überhaupt nicht berührt, versucht Baumbach, wie wir schon in etwas anderem Zusammenhang S. 50 unserer Arbeit gesehen haben, auch heute noch um die Erkenntnis von der öffentlichen Bedeutung des Wettbewerbsrechts herumzukommen. Aber welche Scheinlogik enthält diese Argumentation! Das Publikum ist selbstverständlich nicht Wettbewerber, aber es ist als derjenige Teil, an den sich der Wettbewerb richtet, wesentlich als Partner am Wettbewerb beteiligt. Ein ernsthafter Vergleich der beschränkt „öffentlich-rechtlichen" Natur des heutigen Privateigentums (d. h. mit der Beschränkung dieses früher schrankenlosen Herrschaftsrechts durch die Pflichten gegenüber der Volksgemeinschaft) mit dem Wesen des „Privatwettbewerbs", wie er in der Argumentation Baumbachs implicite (siehe auch Baumbach 1938 III, 2. F., S. 14) enthalten ist, ist nicht möglich, da nach richtiger Erkenntnis das Wettbewerbsrecht eben nicht mehr ein Recht zum Schutze irgendwelcher privater Besitzgüter ist.

b) Die neueste Literatur

Bei verschiedenen Schriftstellen kommt diese Erkenntnis neuerdings zum Ausdruck. Als erster sei hier Elster genannt, der schon seit Jahren als Vorkämpfer für die ethische Fundierung des Wettbewerbsrechtes gewirkt hat.

So schrieb er in der Hessischen Richterzeitung 1932, S. 31, daß sowohl das Unternehmen wie das Persönlichkeitsrecht das geschützte Rechtsgut nicht sein könnten, der Schutzgedanke vielmehr auf dem Unlauterkeits- und Ungehörigkeitsbegriff beruhe. Dieser sei aber kein von einer bestimmten Person gepachtetes Rechtsgut, sondern ein solches der Allgemeinheit, die Verletzung also eine generelle (gegen die Allgemeinheit gerichtete) Rechtswidrigkeit.

In der Zeitschrift der Akademie für deutsches Recht 1935/616 wird er unter II seines Aufsatzes noch deutlicher. Er führt dort wörtlich aus: „So lange man die Frage nur so stellte, ob der „Wettbewerber" oder „das Unternehmen" oder das Publikum der eigentliche Schutzgenießer gegen unrechte Wettbewerbshandlungen sei, so lange wurde nur ein individuelles Recht ge-

gen ein anderes abgewogen und der Maßstab ist vermutlich das Interesse... Daß man bei solcher Abwägung der einander widerstreitenden Interessen auch höhere ethische Gesichtspunkte berücksichtigen kann, ist selbstverständlich, betont jedoch noch nicht die grundsätzliche Einstellung auf den Maßstab des Gemeinsinnes. Für die wissenschaftliche Behandlung schwieriger Grenzfragen ist dies aber wichtig, denn wenn es sich um die Abwägung individueller, widerstreitender Interessen im Wettbewerbsrecht handelte, so würde die Tatsache der Schädigung des Gegners oder eines Unternehmens eine rechtlich erhebliche Tatsache sein, während sie rechtsunerheblich werden kann, sobald man das Publikum, ja noch mehr sobald man das gemeine Wohl bzw. die Wettbewerbsordnung als Ganzes zum geschützten Rechtsgut des Wettbewerbsrechtes macht... Der Wettbewerb als eine die Volksgemeinschaft fördernde Tatsache wird dann am reinsten herausgestellt und anerkannt, wenn man die Wettbewerbsordnung als das geschützte Rechtsgut ansieht, was im Sinne des Gemeinwohls noch mehr ist als „das Publikum", nämlich Publikum und Mitbewerber zugleich umfaßt und sie als Teile der Volksgemeinschaft, nicht als Eigenbrötler oder bloße Gegner betrachtet".

Diesen Ausführungen stimmen wir vollauf zu.

Besonders wichtig ist uns die am Schluß des Aufsatzes von Elster (a. a. O., S. 618) gezogene Konsequenz, daß auf Grund der Schaffung eines Werberats der deutschen Wirtschaft ausdrücklich bestätigt wurde, daß es in allen Wettbewerbsdingen gewerblich-geschäftlicher Art nicht so sehr um den Schutz des Einzelnen als um den Schutz der Gesamtheit gehe, habe doch der Werberat die Aufgabe, dafür zu sorgen, daß die Werbung deutsch gesinnt, klar, wahr, geschmackvoll sei. „Das sind also weder polizeiliche Zweckmäßigkeitsgesichtspunkte, noch Büttelaufgaben für einen Staat, der etwa nur das größtmöglichste Gedeihen eines einzelnen sich geschädigt fühlenden Gewerbetreibenden zu schützen unternimmt, sondern eben Grundsätze, die nicht ohne tiefe, wissenschaftliche Erfassung eines allgemeingültigen Ethos zu wahren sind. Die praktische Bedeutung dieser Feststellung enthebt uns der Beantwortung der ungelösten Streitfrage, ob und wieweit der „eingerichtete Gewerbebetrieb" das schutzfähige Rechtsgut sei, ob immer ein Befugter im Sinne des Verletzten vorhanden sein müsse..., vielmehr ist jetzt das hinter allen diesen Fragen stehende Dreigestirn Wahrheit, Gemeinsinn, Treue in Wettbewerbsdingen das wissenschaftlich-juristisch zu erfassende ethische Merkmal geworden."

Im AWR. 38/57 kommt Elster noch einmal auf die Frage des Schutzgutes zu sprechen und setzt sich wieder für eine möglichst umfassende, alle Schutzgedanken beinhaltende Auffassung ein. Darum postuliert er wieder die „Wettbewerbsordnung als Ganzes" als Schutzgut.

Zu einem Ergebnis, das mit unserer Grundhaltung übereinstimmt, kommt auch W. Hoffmann (JW. 36/156). Die Ablehnung der Beschränkung des Schutzes auf den Wettbewerber, der Basierung der Lehre vom Wettbewerb auf die Kohler'schen Persönlichkeitsrechte, begründet er folgendermaßen: „... Man übersah also, daß der einzelne Gewerbetreibende nicht isoliert für sich oder im Wettkampf mit dem Wettbewerber steht, sondern daß er Glied einer Volksgemeinschaft ist, ohne die er nicht existieren kann, daß also, wenn das Wettbewerbsgesetz den einzelnen vor Übergriffen und Auswüchsen im Wettbewerbskampf schützt, dieser Schutz zwar zunächst dem Wettbewerber gilt, darüber hinaus aber der Allgemeinheit zugute kommt, deren unlösbares Glied der einzelne ist."

Wichtig ist bei Hofmann auch der sich deutlich gegen Baumbach richtende Hinweis, daß es für diese Grundtendenz des Wettbewerbsrechtes gar nicht darauf ankommt, ob außer den Mitbewerbern und ihren Berufsverbänden der Allgemeinheit ein Klagerecht zustehe, da die Interessen der Gemeinschaft durch diese im Verein damit, daß für die Frage des Sittenverstoßes das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden maßgebend ist, genügend gewahrt wird.

Zu nennen ist auch Tscherskys Artikel „Wettbewerbsrecht und wirtschaftliche Organisationspolitik" (Kartellrundschau 35/864, S. 868, Anmerkung 4). Er hebt dort hervor: „Ein Schlaglicht auf die bisherige Rechtsgestaltung wirft die Tatsache, daß erst in allerjüngster Zeit die Auffassung herrschend geworden ist, daß das UWG. nicht nur im Interesse des angegriffenen Konkurrenten, sondern auch vordringlich unter dem Gesichtspunkte des Schutzes der Allgemeinheit gegen unlauteres Wettbewerbsgebaren auszulegen ist."

c) Die neueste Rechtsprechung des Reichsgerichts

Mit unserer Auffassung stehen wir auch im Einklang mit der schon erwähnten, seit neuester Zeit immer bestimmter werdenden Rechtsprechung des Reichsgerichts zur Frage des Schutzes der Allgemeinheit und der guten Sitten. Vgl. hierzu die Ausführungen Nilks S. 17/18. „In folgerichtiger Durchführung der dargestellten Rechtsprechung enthob das Reichsgericht, den natürlichen Gegebenheiten entsprechend, den Schutz vor unlauterem Wettbewerb der Sphäre des Individualrechts und schloß aus der Einheit von Volksgemeinschaft und

Gewerbetreibenden, daß die Vorschriften des UWG. nicht nur reinen Interessenschutz für die Gewerbetreibenden seien, sondern vor allem auch dem Schutz des kaufenden Publikums und der Wahrung des Rechts- und Wirtschaftsfriedens zu dienen bestimmt seien. Reinerhaltung des Verkehrs zum Schutze von Publikum und Mitbewerber sei der Zweck des Gesetzes *)."

Die Tragweite zweier neuerer, besonders wichtiger Reichsgerichtsentscheidungen JW. 35/423 und 36/806 hat Eulemann in seiner Anmerkung zu letzterer Entscheidung richtig herausgearbeitet. Sinngemäß sagt er: Verstößt eine Wettbewerbshandlung gegen die allgemeine Volksanschauung, so verstößt sie gegen § 1 UWG., das in § 1 geschützte Gut ist daher die allgemeine Volksanschauung. Die Belange des lauteren Wettbewerbers gehen mit dem der Allgemeinheit überein. Die Auseinandersetzung darüber, ob der Wettbewerb, der Wettbewerber oder das Sittlichkeitsbewußtsein des Volkes durch die Generalklausel zu schützen ist, kann beendet werden.

Wir schließen daran die Bemerkung, daß wie schon oben gegenüber Rilk angedeutet, konsequenterweise auch die Rechtsprechung des Reichsgerichts zum Recht am eingerichteten Gewerbebetrieb als überholt bezeichnet werden muß. Auch Nerreter (a. a. O. S. 86 ff.) kommt eindeutig zu einer Ablehnung des Rechts am eingerichteten Gewerbebetrieb, ebenso jedes absoluten Rechtes im Sinne des § 823 BGB.

Wir erinnern uns auch noch der Schlußworte Elsters (Zeitschrift der Akademie für deutsches Recht 1935, S. 618), worin er entschlossen dafür eintritt, die auf Grund ganz anderer geistiger Grundlagen früher aufgetretenen Streitfragen und gefundenen Rechtskonstruktionen über Bord zu werfen.

d) Nerreter: Allgemeine Grundlagen eines deutschen Wettbewerbsrechts

Die für die Besinnung und Klärung in der wettbewerbsrechtlichen Wissenschaft so wichtige Schrift Nerreters „Allgemeine Grundlagen eines deutschen Wettbewerbsrechtes" ergibt leider für die uns interessierende Frage des geschützten Rechtsgutes nicht die nach den sonstigen dort angestellten Erwägungen zu erwartende eindeutige Antwort.

*) Rilk bezieht sich hier auf die Rechtsprechung des Reichsgerichts zur Frage des Rechts am eingerichteten Gewerbebetrieb, was u. E. allerdings gerade falsch ist, denn wenn die Allgemeinheit geschützt ist, so kann Schutzgut nicht mehr das auch aus anderen Gründen von uns abgelehnte Recht am eingerichteten Gewerbebetrieb sein. Die Allgemeinheit besitzt ja keinen Gewerbebetrieb. Hier liegt eine aus der Verwirrung der Begriffe übriggebliebene Inkonsequenz des Reichsgerichts vor.

In eindringlicher und überzeugender Weise nimmt Nerreter (a. a. O. S. 56 bis S. 60) gegen die schon gezeigten Baumbachschen Gedankengänge von der Autonomie des Wettbewerbs Stellung zugunsten einer Auffassung, die das Wettbewerbsrecht aus der tiefsten Quelle völkischen Lebens begreift. Unverständlich ist es daher, daß er in Teil III, 2 (S. 86 ff.) seiner genannten Schrift eine Erörterung über das geschützte Rechtsgut folgen läßt, die sich ganz im alten, von der Antithese Recht am Unternehmen oder Persönlichkeitsrecht bestimmten Geleise bewegt und sich für letzteres, wenn auch unter Preisgabe der alten Vorstellung vom absoluten Recht entscheidet, ohne daß die Verschiebung der „Grundlagen" des Wettbewerbsrechtes, die er selbst aufgezeigt hat, berücksichtigt wäre. Der Einzelne wird selbstverständlich durch das Wettbewerbsrecht in der Entfaltung seiner wirtschaftlichen Betätigung geschützt, aber hiermit sind — wie wir gesehen haben — dessen Schutzwerte keineswegs wesentlich umschrieben.

Die Folgen dieser Auffassung sehen wir auch bei den für die Abwehr unlauterer Wettbewerbshandlungen geltenden Gedankengängen Nerreters, auf welche weiter unten eingegangen wird.

e) Die bisherige wettbewerbsrechtliche Gesetzgebung des Dritten Reiches

Soweit der Gesetzgeber schon jetzt die Gelegenheit genommen hat, zu Fragen des Wettbewerbs Stellung zu nehmen, kommt die grundlegende Änderung in der Auffassung vom Wettbewerb deutlich zum Ausdruck.

Das wichtigste dieser Gesetze betrifft die Schaffung eines Werberats der deutschen Wirtschaft vom 12. September 1933 und die auf Grund dieses Gesetzes erlassenen Gebote und Verbote, Richtlinien und Bekanntmachungen desselben. Der Gedanke der lediglich negativen Unrechtsbekämpfung, in welcher die Tatsache des Wettbewerbs erstmals den Gesetzgeber beschäftigt hatte, ist durch dieses Gesetz endgültig verlassen worden. An seine Stelle ist der Wille des Gesetzgebers getreten, die Gestaltung eines wesentlichen Gebietes des Wettbewerbs, die Werbung im weitesten Sinne, positiv zu bestimmen. Für unser Thema ist diese Änderung nicht deshalb wichtig, weil hierdurch etwa das UWG. in seinen Bestimmungen abgeändert worden wäre, sondern vielmehr deshalb, weil wir erkennen können, welche Auffassung der heutige Gesetzgeber vom Wettbewerbe hat und welche Aufgabe im Rahmen des völkischen Lebens er ihm zuweist. Wenn der Werberat im öffentlichen Interesse für die Ordnung und ethische Sauberkeit des Wettbewerbs im Einklang mit dem Sittlichkeitsbewußtsein des deutschen Volkes und den nationalen Aufgaben

der deutschen Nation zu sorgen hat (II. Bekanntmachung des Werberats vom 1. 11. 1933, Reichsanzeiger 33, S. 256, Ziff. 6, abgedruckt auch bei Baumbach 1938, S. 353), so ist klar, daß der gewerbliche Wettbewerb in den Augen des Gesetzgebers nicht mehr eine lediglich den einzelnen Mitbewerber, ja nicht einmal die Mitbewerberschaft und das Publikum in ihrer Eigenschaft als Produzent und Konsument betreffende Angelegenheit ist. Vgl. auch hierzu nochmals die Ausführungen Elsters (Zeitschrift der Akademie für deutsches Recht, 1935/617). Selbstverständlich dient daher die im Rahmen des UWG. und seiner Nebengesetze erfolgende Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs der gleichen Aufgabe. Interessant ist in diesem Zusammenhang auch eine Äußerung der Industrie- und Handelskammer Köln vom 10. 2. 1938 (GRUR. 38/441) über unlauteren Wettbewerb durch Nichteinhaltung eines Verbots des Werberats.

In der amtlichen Begründung des Rabattgesetzes vom 25. 11. 1933 (Reichsanzeiger Nr. 284 vom 5. 12. 1933) wird ausdrücklich darauf hingewiesen, daß dieses Gesetz auch dem Schutze des kaufenden Publikums diene. Überhaupt enthält die Begründung nur Erwägungen allgemeiner volkswirtschaftlicher Natur.

Der Vorspruch zur Wettbewerbsordnung vom 21. 12. 1934 (RGBl. I, 1280) sagt sinngemäß: Der Wettbewerb soll ein freier, auf Leistung und Verantwortungsbewußtsein begründeter sein. Er darf aber die Sicherung der Ernährung aus heimatlicher Scholle nicht beeinträchtigen, ferner darf durch den Wettbewerb weder die Zahlung der Steuern, des Lohnes an die Gefolgschaftsmitglieder, noch die Vereinigung der Verbindlichkeiten gegenüber den Gläubigern in Frage gestellt werden. — Zweifellos gehört diese Bestimmung zum Gesamtkomplex des Wettbewerbes und zweifellos ist sie nicht im Einzelinteresse, d. h. zum Schutze eines Rechts am eingerichteten Gewerbebetrieb oder der freien wirtschaftlichen Betätigung des Wettbewerbers, sondern vielmehr im Interesse der gesamten Volkswirtschaft und Volksgemeinschaft erlassen, für die es unerträglich ist, wenn jemand aus Gründen des Wettbewerbs Waren zu einem Preise schleudert, daß von vorneherein, die von anderen darauf verwandten Güter und Leistungen nicht aufgewogen werden können.

f) Abschluß

Mit diesem Ausschnitt aus der Wettbewerbsgesetzgebung des Dritten Reiches wollen wir unsere Untersuchung über den heutigen Sinn und Zweck des Wettbewerbsrechtes beschließen. Es kann nach allem nicht zweifelhaft sein, daß dieser nicht im Schutz von Rechtsgütern des Einzelnen, von einzelnen

Unternehmen oder Rechten am eingerichteten Gewerbebetrieb, oder Persönlichkeitsrechten zu suchen ist. Geschützt sind vielmehr primär Gemeinschaftswerte, deren Erhaltung auch die Erhaltung des Einzelnen mit bedingt.

IX. Kapitel: Ablehnung des spezifischen Abwehrgedankens fürs Wettbewerbsrecht

Wenn wir nun mit Hilfe unserer Erkenntnisse über das geschützte Rechtsgut zur Beantwortung der im VII. Kapitel formulierten Frage übergehen: wieweit der einzelne Mitbewerber gegen einen wettbewerbswidrigen Angriff „Abwehr" üben kann, so kann es uns nicht überraschen, daß diese Antwort in einem diametralen Gegensatz zu den Lösungen auf Grund der privatrechtlichen Rechtsgutstheorien steht.

Der einzelne Wettbewerber hat kein Recht zur Abwehr (vgl. nochmals über diesen Begriff unserer Ausführungen I. Kapitel 2 und 4, S. S. 9—10), da er hierdurch das über seinen Belangen stehende öffentliche Interesse verletzen würde; es kann also auch zur Beseitigung der Wirkung einer wettbewerbswidrigen Handlung eines Gegners nur zu wettbewerbseigenen, nicht wettbewerbswidrigen Mitteln gegriffen werden.

Ein Beispiel mag uns die veränderte Sachlage nahebringen: Verstößt ein Mitbewerber gegen die Grundsätze des lauteren Wettbewerbs, so verletzt er das öffentliche Interesse an der Sauberkeit, Ehrlichkeit und Fairneß des Wettbewerbs. Sollte nun ein anderer Mitbewerber den Angriff auf dieses geschützte Rechtsgut dadurch abwehren können, daß er den Mitbewerber durch wahre oder unwahre Angaben herabsetzt, Verträge bricht, irreführende Reklame macht, Waren schleudert, Kunden anreißt, Kampfrabatte oder Zugaben gewährt?! Die Antwort kann nur nein lauten, denn das öffentliche Interesse an der Aufrechterhaltung des Friedens der Wettbewerbsordnung, an der Sauberkeit und Redlichkeit des Verkehrs würde durch solche „Abwehrhandlungen" in gleicher Weise verletzt und beeinträchtigt wie durch die Handlung des ersten Angreifers. Konstruieren wir den Fall mit den Notwehrbegriffen durch. Der einzelne, der abwehren wollte, kann nur Nothilfe für die Gemeinschaft leisten, da ja kein ihm gehöriges Rechtsgut direkt verletzt ist.

Der „Abwehrer" wird aber nun nicht, wie bei Reimer zu konstruieren war, neben den Gütern des Angreifers auch Rechtsgüter Dritter verletzen, vielmehr richtet sich seine Handlung wieder gegen das vom ersten Angreifer ver-

letzte Rechtsgut. Seine Handlung ist daher gar keine Verteidigung des angegriffenen Rechtsgutes. Wollte man den Fall zur Verdeutlichung ins Strafrecht übertragen, so ergäbe sich das Bild, daß, wenn der Dieb im Begriffe ist, eine Sache zu stehlen, ein Dritter dem Eigentümer dadurch Nothilfe leisten könnte, daß er die Sache zerstört.

Das höchstpersönliche Interesse des einzelnen Mitbewerbers ist durch den Schutz der Gemeinschaft, deren Teil er ist, mit geschützt. Es tritt aber nicht mehr als ein spezifisch eigenrechtliches Schutzinteresse auf, da es innerhalb der Gemeinschaft gebunden und daher gegenüber dem früheren Rechtszustand etwas strukturell anderes geworden ist.

Niemals kann das Einzelschutzinteresse durch eine Handlung, die eine Abkehr von dem allein zulässigen Leistungswettbewerb darstellt, in Gegensatz zur Allgemeinheit gestellt werden. Auch der Umstand, daß der einzelne einen Schadenersatzanspruch gegenüber schuldhafter Verletzung der Wettbewerbsordnung durch einen Konkurrenten hat, daß er allgemein das Klagerecht besitzt, das ihm auch die Möglichkeit zum gerichtlichen Vergleich usw. gibt, steht dieser Auffassung nicht entgegen. Es ist ein absolut wesentlicher Unterschied, ob dem einzelnen ein Recht auf finanziellen Ersatz eines Schadens auf dem ordentlichen Rechtsweg zusteht, oder ob er die Erlaubnis erhält, von sich aus mit Rechtsverletzungen vorzugehen. Das gleiche gilt für das dem Einzelnen zustehende Prozeßführungsrecht. Dieses übt er wesentlich als ein Treuhänder der Gemeinschaft aus rein praktischen Gründen aus. Daß es sich bei diesem „Prozeßführungsrecht" nicht allein um das persönliche Interesse des einzelnen Mitbewerbers handelt, ergibt sich ganz klar schon daraus, daß den Berufsverbänden das gleiche Recht eingeräumt ist.

Die richtige Betrachtung des Problems darf eben nicht von der dem Einzelnen verbliebenen Rechtsposition ausgehen, sondern muß vor jedem anderen Gesichtspunkt die von einer an sich wettbewerbswidrigen Handlung in Abwehr ausgehenden Wirkungen *auf den öffentlichen Wettbewerbsverkehr* im Auge behalten.

Noch ein anderer Gesichtspunkt erscheint uns hier wichtig. Bei unserer Darlegung handelt es sich nicht um eine Verleugnung der Tatsache, daß der Mitbewerber diejenige *Einzelperson* ist, welche am Schutze gegen unlauteren Wettbewerb am meisten interessiert ist. Es widerstreitet unserer Auffassung vom Wettbewerb keineswegs, daß der einzelne Gelderſatz für einen Schaden, den er aus einer unlauteren Wettbewerbshandlung erlitten hat, erhält. Aber dieser Umstand dient nach unserer Auffassung einerseits nurmehr dem Zwecke der praktischen Durchsetzung der idealen Wettbewerbsordnung (das selbstische Interesse arbeitet für einen höheren Zweck), andererseits stellt die

Zubilligung des Schadenersatzes lediglich die Vereinigung der Lage in der materiellen Sphäre dar, ohne daß hierauf jetzt noch ein besonderes ethisches Gewicht gelegt wird. Hierin liegt eine sehr wesentliche geistige Differenzierung der rechtlichen Betrachtung, wie sie ganz allgemein für unser Rechtsdenken typisch geworden ist. Gleichzeitig wird eine utopistische Idealisierung des Rechts vermieden. Eine Parallele sehen wir z. B. in der heutigen Beurteilung des persönlichen Gewinnes des Unternehmers im Rahmen des nationalsozialistischen Wirtschafts- und Arbeitsrechtes.

Bei dieser Betrachtung verbietet es sich von selbst, aus dem Geschütztwerden der materiellen Interessen des Einzelnen ein Recht zum Angriff auf die zu erstrebende Idealordnung des Wettbewerbs abzuleiten, — was der Fall wäre, wollte man der Verwendung von an sich unzulässigen Wettbewerbsmaßnahmen zum Schutze von Vermögensinteressen des Einzelnen das Wort reden.

Unser grundsätzliches Ergebnis in der Frage der Abwehr deckt sich somit mit der schon erwähnten Auffassung Hartwig Jägers (a. a. O. S. 67/68).

Ebenso gelangen wir bezüglich der unser Thema überschattenden Frage der Gewährung der Einrede der Arglist (vgl. IV. Kapitel 5, S. 28—29) zu einem negativen Ergebnis. Wir können uns hier auf die Rechtsprechung des Reichsgerichts beziehen, die lediglich einer verallgemeinerten Anwendung bedarf. In RG. MuW. 37/297 heißt es z. B.: „denn auch der Einwand arglistigen Verhaltens des klagenden Mitbewerbers, der hierin (die Beklagte behauptet, daß die Klägerin ihrerseits gegen § 3 verstoßen habe, was bei ersterer als erwiesen festgestellt worden ist) zu erblicken wäre, versagt gegenüber dem Vorwurf, eine den Schutz der Allgemeinheit der Mitbewerber sowie des Publikums überhaupt bezweckenden Vorschrift verletzt zu haben." Nach unserer Feststellung dient aber das gesamte Wettbewerbsrecht dem Schutze der Allgemeinheit (der Mitbewerberschaft und des Publikums), womit also gegenüber jedem Wettbewerbsverstoß des Gegners die Einrede der Arglist versagt. Als Parallele kann übrigens auch die Rechtsprechung des Reichsgerichts zur Verwirkung (RG. JW. 36/806, GRUR. 33/246/782) herangezogen werden.

Der einzige Schriftsteller, der sonst noch unter Berücksichtigung der erfolgten geistigen Umwandlung auf das Problem der Abwehr, wenn auch nur allgemein, zu sprechen kommt, ist Nerreter (a. a. O. S. 61 f.).

Er stellt die These auf, daß ein Wettbewerbsverstoß sich gegen drei Personenkreise: den einzelnen Mitbewerber, die Gesamtheit der Mitbewerber und die Allgemeinheit — diese Kreise in konzentrischer Anordnung gedacht — richten könne. Diese Einteilung habe außerordentlich praktische Bedeutung in den Fällen, in welchen der in Anspruch genommene Verletzte die Sitten- und Rechtswidrigkeit seines Tuns unter Berufung auf Abwehr bestreitet. Da es

sich hier um einen Rechtfertigungsgrund handle, der in der Person bestimmter Mitbewerber liege, so könnten damit nur solche Handlungen entschuldigt werden, die sich ausschließlich eben gegen diese Mitbewerber richten. Es ergebe sich von selbst, daß man nicht die Mitbewerber oder etwa die Allgemeinheit überhaupt beeinträchtigen dürfe, nur weil man sich einem einzelnen Mitbewerber gegenüber in berechtigtem Abwehrzustand befinde. Abwehr setze vielmehr völlige Identität zwischen der Person dessen, der den Rechtfertigungsgrund bietet und der Person des ausschließlich Angegriffenen voraus. Diese Unterscheidung Nerreters scheint zunächst ganz praktikabel zu sein und zu einer billigen Lösung des Abwehrproblems zu führen. Sie beruht aber auf einer schon an anderer Stelle festgestellten kompromißhaften und unklaren Vorstellung über die neuen Wertungen im Wettbewerb. Hierzu sind unsere Ausführungen gegenüber Callmann (IV. Kapitel 3 e, S. 26 der Arbeit) zu vergleichen. Jener schlug eine ähnliche Lösung vor, indem er z. B. Behauptungen, die lediglich gegen § 14 verstoßen, als Abwehr zulassen, dagegen solche, die den § 3 UWG. oder § 1 (z. B. Kundenanreißen) verletzten, verbieten wollte. Wenn wir im Rahmen der rein privatrechtlichen Betrachtung des Wettbewerbsrechtes zu dem Schlusse kamen, daß auch eine nur gegen § 14 verstoßende Behauptung über den direkt herabgesetzten Mitbewerber hinaus Auswirkungen hat, so trifft dies in um so größerem Maße heute zu. Wird nicht durch eine gegen § 14 UWG. verstoßende Behauptung der Kunde, das Publikum zu Wettbewerbszwecken hinters Licht geführt, und haben wir nicht gesehen, daß das Publikum durch die Wettbewerbsgesetze mit geschützt ist? Der Kunde wird selten eine rechtswidrige Handlung begangen haben, die einen Anlaß zur Abwehr darstellen könnte. Und wenn dies einmal der Fall sein sollte, so ist kein Mitbewerber am Angriff beteiligt. Die Abwehrhandlung reicht also schon aus diesem Grunde von vornherein weiter als nur zum Rechtsbrecher. Für uns besteht insoweit kein Unterschied in der Behandlung einer gegen § 14 verstoßenden Behauptung gegenüber einer solchen, die § 3 UWG. verletzt. Das Publikum, die Allgemeinheit, inklusive der Mitbewerberschaft, ist qualitativ beidesmal verletzt, der Unterschied liegt nur in der Quantität der erfaßten Personen und der Intensität der zerstörerischen Wirkungen. Aber hierauf kann es doch nicht ankommen!

Nach allem scheint uns das von Nerreter gebrauchte Bild von den drei konzentrisch geordneten Kreisen durch ihn selbst falsch ausgelegt worden zu sein. Im Wesen von konzentrischen Kreisen liegt es, daß der größte Kreis auch den kleinsten beinhaltet, d. h. daß in unserem Anwendungsfalle die beiden kleineren Kreise einen Teil der größten Kreisfläche darstellen. Es gilt daher nicht nur der von Nerreter gezogene Schluß, daß, was den größten Kreis betrifft,

auch den kleinsten angeht, sondern umgekehrt auch, was dem kleinsten Kreis, einem Teil des großen Kreises, zustößt, auch den größten trifft. So dürfte das Bild sogar hinsichtlich der gegenseitigen Durchdringung zwischen Einzelnem und Ganzem eine völkische Idealordnung darstellen, allerdings darf man mit dem Kreismittelpunkt in diesem Falle nicht die Vorstellung eines Urkraftzentrums verbinden. U. E. hat Nerreter noch die alte Vorstellung (sie kommt z. B. bei Reimer, a. a. O. I, 3. Kapitel, S. 75 vor) geleitet, daß zusätzlich zum Wettbewerber und der Wettbewerberschaft auch in manchen Fällen auf die Allgemeinheit Rücksicht genommen werden müsse, auf die Allgemeinheit, die z. B. ein Interesse daran hat, daß die Aufmachung einer Ware nicht gegen das sittliche Empfinden des Volkes in geschlechtlicher Hinsicht verstoße, oder daß keine schwindelhaften Annoncen in die Zeitungen gesetzt werden.

Nach richtiger Auffassung erfolgt aber eine wechselseitige Durchdringung der gegenseitigen Einwirkungen und Interessen, so daß eine (statische) Trennung unmöglich ist und somit auch die Abwehr nicht im Sinne Nerreters einer Lösung zugeführt werden kann.

Wollten wir mit der Feststellung der grundsätzlichen Ablehnung des Abwehrgedankens fürs Wettbewerbsrecht unsere Arbeit beschließen, so wäre der Vorwurf an Stelle der den Bedürfnissen des Lebens Rechnung tragenden, billigen, wiewohl juristisch nicht einwandfreien Lösung der vorkommenden Fälle durch das Reichsgericht ein starres, lebloses Dogma gesetzt zu haben, nicht ganz von der Hand zu weisen.

In den kommenden Kapiteln werden wir daher unsere grundsätzliche Stellungnahme in zweifacher Hinsicht ergänzen, so daß etwaige Mißverständnisse ausgeschlossen werden.

X. Kapitel: Die Zulässigkeit der Notwehr trotz Verletzung der Wettbewerbsordnung in besonderen Fällen

1. Das Notwehrrecht des Wettbewerbers außerhalb des UWG.

Bisher betrachteten wir das Problem der Abwehr unter dem Gesichtspunkte, daß durch einen wettbewerbswidrigen Angriff lediglich das hinter den Wettbewerbsgesetzen stehende öffentliche Rechtsgut verletzt worden ist. Wir haben nachgewiesen, daß durch einen solchen Angriff, soweit er die guten Sitten des lauteren Wettbewerbs verletzt, der Einzelne nicht als freies, ungebundenes Rechtssubjekt, sondern nur soweit er Glied der besonderen sich im

Wettbewerb erweisenden Gemeinschaft ist, betroffen wird. Hieraus zogen wir den Schluß, daß den Interessen der Gemeinschaft nicht durch Bruch der Wettbewerbsordnung durch den sich geschädigt fühlenden Einzelwettbewerber gedient werden kann und kamen darum zur Ablehnung der Abwehr innerhalb des Wettbewerbsrechts.

Nun müssen wir aber den Kreis der Probleme erweitern. Der Wettbewerber ist nicht nur Wettbewerber, und genießt nicht nur den Schutz, den ihm die Wettbewerbsordnung gewährt; gleichzeitig ist er als Privatmann, Nichtkaufmann, Nichtgeschäftsmann das Subjekt privater Rechte, privater Rechtsgüter und als solches genießt er den Schutz und die Verteidigungsrechte, die das BGB. und das Strafgesetzbuch jeder Rechtsperson gewähren. Wir wollen als solche Güter beispielsweise die in § 823 BGB. angeführten nennen. Diese Güter sind auch nach völkischer Rechtsauffassung wirkliche Güter des einzelnen, die seiner Verfügungsmacht unterstehen (allerdings sind sie nicht mehr aus den allgemeinen Menschenrechten, sondern aus der Stellung des einzelnen im Volksganzen abgeleitet). Zum Schutze derselben kann daher auch Notwehr geübt werden.

Der einzelne hat also *als Wettbewerber* gegenüber unlauteren Wettbewerbshandlungen eines Konkurrenten *kein Notwehr- und kein Abwehrrecht*, dagegen kann er *als Privatmann* zum Schutze seiner Rechtsgüter *Notwehr* üben. Wie ist nun der Fall zu beurteilen, wenn durch eine unlautere Wettbewerbshandlung eines Konkurrenten gleichzeitig notwehrfähige Rechtsgüter des Einzelnen verletzt werden? Diese Frage hat sich Hartwig Jäger bei seiner radikalen Lösung der Abwehrfrage nicht gestellt. Gibt es hier die Abwehr mit Mitteln, die an sich auch die Wettbewerbsordnung verletzen? NB. Der Deutlichkeit halber wiederholen wir: Ein Recht am eingerichteten Gewerbebetrieb (Reichsgericht) oder am Unternehmen (Baumbach), die Rechte nach § 823 oder 1004 BGB. sein sollen, gibt es nach unserer Auffassung nicht, daher behandeln wir solche Fälle von „Doppelverletzung" im folgenden selbstverständlich nicht.

2. Die Fälle der Doppelverletzung

a) Wir müssen etwas weiter ausholen, um einen Überblick über die Fälle der Doppelverletzung und ihre rechtlichen Merkmale zu gewinnen:

Den Zwecken des Wettbewerbs im geschäftlichen Verkehr dient eine Handlung dann, wenn durch sie der eigene Absatz gefördert oder ein fremder beeinträchtigt oder der eigene Kundenkreis auf Kosten der Gewerbegenossen erweitert werden soll (z. B. RGZ. 58/430, GRUR. 36/239). Richtig führen Rudloff und Blochwitz (a. a. O. S. 57) dazu aus, daß diese Definition des

Reichsgerichts nicht dahin mißverstanden werden darf, daß nur solche Handlungen Wettbewerbszwecken dienen, die direkt eine Umsatzvermehrung anstreben, „denn alles, was ein Kaufmann oder ein anderer Gewerbetreibender in seinem Geschäfte tut, läuft darauf hinaus den eigenen Umsatz zu vermehren", was regelmäßig auf Kosten des anderen Mitbewerbers geschieht. Besonders beweiskräftig ist in diesem Zusammenhang, daß ganz allgemein das planmäßige Abspenstigmachen von Angestellten — das sicher meist keine direkte Umsatzsteigerung hervorruft — als unlautere Wettbewerbshandlung angesehen wird. Rudloff-Blochwitz formulieren daher, daß ein Handeln zu Wettbewerbszwecken gegeben ist, wenn Maßnahmen getroffen werden, die dazu dienen, das eigene Unternehmen zu fördern oder ein fremdes zu beeinträchtigen.

Es leuchtet ohne weiteres ein, daß die Zahl der Tatbestände, die diesen Zwecken — dem lauteren wie dem unlauteren Wettbewerb — dienstbar gemacht werden können, unübersehbar groß ist und für diese Tatbestände keine näheren objektiven Tatbestandsmerkmale im engeren Sinne gegeben werden können. Vgl. hierzu die ausgezeichneten Ausführungen Rudloff-Blochwitz a. a. O. S. 61—67. Insbesondere weisen u. E. Rudloff-Blochwitz durch die Fülle der heterogensten Beispiele für unlauteren Wettbewerb nach, daß jede rechtswidrige Handlung, wenn sie Wettbewerbszwecken dient, auch gegen die guten Sitten des redlichen Geschäftsverkehrs verstößt. Der anständige Kaufmann geht seinem Erwerb eben nur mit rechtmäßigen Mitteln nach, jeder der sein Geschäft mit Hilfe rechtswidriger Handlungen betreibt, verschafft sich daher einen unlauteren Vorsprung vor dem gesetzestreuen Mitbewerber. „Wer gesetzwidrig handelt, handelt nach unserer Auffassung auch unlauter im geschäftlichen Verkehr." (Rudloff-Blochwitz a. a. O. S. 178.)

Sowie also eine irgendwie geartete, rechtswidrige Handlung, die das Unternehmen zu fördern geeignet ist, in dieser Absicht vorgenommen wird, ist sie auch als Wettbewerbsverstoß zu behandeln. Hieraus ergibt sich, daß in vielen Fällen die wettbewerbsrechtliche Wertung nur eine beschränkte Teilwertung darstellt, und damit über die gesamte rechtliche Relevanz einer rechtswidrigen Handlung oft wenig ausgesagt wird. Der gesamte und typische Unrechtsgehalt mancher wettbewerbswidriger Handlungen erschöpft sich dann keineswegs mit der Feststellung eines Wettbewerbsverstoßes.

b) Wenden wir nun diese allgemeinen Gedankengänge im Hinblick auf die mögliche Verletzung der Rechtssphäre des einzelnen Wettbewerbers an, so sehen wir, daß zwangsläufig recht häufig die Verletzung der dem einzelnen Mitbewerber als Privatmann zuerkannten Rechtsgüter zu Wettbewerbszwecken geschieht. Es seien hier einige Beispiele angeführt: Freiheitsberaubung, Körperverletzung, Drohung, Nötigung des Konkurrenten, z. B. um ihn

an der Abgabe eines Angebotes zu verhindern. Diebstahl, Beschädigung von Produktionsmitteln, Waren oder Konstruktionszeichnungen. (Vgl. Baumbach a. a. O. 1938, Anmerkung 6 A zu § 1 UWG. S. 89.) Diese Fälle sind wohl nicht sehr häufig, zeigen aber besonders kraß die Doppelverletzung.

Die Beleidigung oder Verleumdung usw. ist ein sehr häufig angewandtes Mittel in der Bekämpfung des Gegners. Durch Mitteilung herabwürdigender Tatsachen, abfällige und beschimpfende Urteile soll die Kundschaft zum Nachteil des Mitbewerbers beeinflußt werden. Befragt man über solche Fälle den Gewerbetreibenden, so zeigt sich meist ein sehr ausgeprägtes Unterscheidungsvermögen zwischen der persönlichen Verletzung und der unlauteren Wettbewerbshandlung.

Die vorsätzliche sittenwidrige Vermögensbeschädigung zu Wettbewerbszwekken, die regelmäßig bei schuldhaften Wettbewerbsverletzungen vorliegt, mag unsere Aufzählung beschließen.

3. Nicht jedes Gut ist wehrfähig

Zum Schutze der den angeführten, nicht wettbewerbsrechtlichen Gesetzesbestimmungen (z. B. 823, 824, 826 BGB. usw.) zugrunde liegenden Rechtsgüter ist nach weitverbreiteter Ansicht Notwehr möglich. Es gilt der bekannte Satz „Jedes Gut ist wehrfähig" (statt aller Frank § 53 I), der leider schon seit längerer Zeit von seinen Anhängern nicht mehr mit Gründen versehen wird. Gegen die in diesem Satz liegende Ausweitung der Notwehr haben sich aber immer wieder beachtliche Stimmen gewandt. Eine neuere Zusammenfassung dieser den Bereich der Notwehr einschränkenden Lehren hat Sommerfeld in seiner Dissertation: „Ist Notwehr zur Verteidigung sämtlicher Rechtsgüter zulässig?" (insbes. S. 45—55) gegeben. Auf die dort zitierten Literaturstimmen (Titze, Oetker, Bahr, Neubecker, Jäger) wird verwiesen. Im allgemeinen wird von diesen Schriftstellern im Anschluß an die geschichtliche Entwicklung der Notwehr, diese nur zum Schutze von Leib und Leben, Gesundheit, Freiheit und Ehre und zum Schutze der beschränkten dinglichen Herrschaftsrechte einschließlich des Besitzes gewährt. Darnach wäre gegenüber einer Verletzung des § 826 oder einer Verletzung der immateriellen Rechte (Patente, Urheberrechte) Notwehr nicht möglich. Bezüglich des § 826 steht übrigens das Lehrbuch von Liszt-Schmidt (§ 33 II 12, S. 197) auf demselben Standpunkt.

Eine eingehende Stellung zu diesem sehr umstrittenen Problem ist natürlich im Rahmen dieser Arbeit nicht möglich, doch erscheint uns die „herrschende" Lehre keineswegs haltbar. Denn:

1. steht sie nicht im Einklang mit der deutsch-rechtlichen Tradition, die immer den konkreten Notwehrtatbestand vor Augen hatte.
   Sie ist vielmehr das Produkt eines rationalistischen Begriffdenkens. Der eigentliche Inhalt des Wortes: „Not" ist völlig verloren gegangen. (Wilhelm Jäger a. a. O. S. 55 ff.)
2. Beruht die Auslegung des § 53 StGB. durch die herrschende Lehre auf einer völlig abstrakten Wortinterpretierung des Gesetzes, wie wir sie heute nicht mehr kennen.
3. War die herrschende Lehre nie wirklich anerkannt, da die Notwehr nie in dem ihr theoretisch zugebilligten Maße in Anspruch genommen wurde. Man vergleiche die geradezu uferlose Ausweitung des Notwehrbereichs durch Eltzbacher (DJZ. 05/244).
4. Entspricht eine übergroße Ausweitung der Notwehr, nicht den Grundsätzen des völkischen Staates, da eine solche rechtsauflösend wirken würde. Je stärker und enger eine Gemeinschaft ist, desto weniger Notwehrakte gibt es innerhalb derselben.
5. Sahen wir die Auswirkung der „herrschenden" Lehre bei der Erörterung der Notwehr-Abwehrlehre des Wettbewerbsrechtes in einer ungeheuren Aufblähung der Notwehr.

Wir vertreten daher eine Einschränkung des Notwehrbereiches (Nicht jedes Gut ist notwehrfähig) ungefähr in der Art, wie sie Sommerfeld im Anschluß an die genannten Schriftsteller im Ergebnis zum Vorschlage bringt, ohne daß wir uns mit den Einzelheiten der jeweiligen Begründungen identifizieren.

Damit fällt zwar der Hauptfall der Doppelverletzung, UWG. / § 826, 824 BGB. weg. Es bleiben aber trotzdem eine nicht unbedeutende Anzahl von Fällen der konkurrierenden Verletzung, wo das Problem der Notwehr akut wird, übrig.

4. Die Güterkollision

Ergreift nun ein Mitbewerber zur Abwehr einer unlauteren Wettbewerbshandlung, die einen rechtswidrigen Angriff auf ein notwehrfähiges Rechtsgut des Einzelnen darstellt, Verteidigungsmaßnahmen zum Schutze dieses Rechtsgutes, so geschehen auch diese Abwehrmaßnahmen im geschäftlichen Verkehr zu Wettbewerbszwecken; sie müssen daher nach Wettbewerbsgrundsätzen beurteilt werden. Der Wettbewerbszweck wird auch hier selten soweit in den Hintergrund treten, daß das Vorliegen einer Wettbewerbshandlung verneint werden müßte (vgl. über Wettbewerbszweck als Nebenzweck Rudloff-Blochwitz S. 58, Callmann S. 24, Baumbach 1938, Allgem. VII 5 B, RG. GRUR. 36/262, MUW. 35/231, Werneburg AWR. 37/1937).

Ein Beispiel: A setzt vor einem größeren Kreise von Interessenten die Maschinen seines Konkurrenten B und diesen selbst herab, indem er in drastischer Weise Mängel derselben, von deren Nichtvorhandensein er weiß, aufzeigt und die gewerbliche Fähigkeit des B mit verächtlichen Worten belegt. B versucht sich dieser Angriffe zu erwehren, indem er seinerseits der Wahrheit zuwider behauptet, seine Maschinen seien auf Grund des neuesten patentierten Verfahrens hergestellt und daher von einer besonderen Qualität. A habe übrigens keinen Grund, ihm verächtliche Worte zu geben, da es bei ihm ja nicht einmal zur Ingenieurprüfung gereicht habe.

Die Handlung A's verstößt gegen § 1, 14, 15 UWG., gegen § 824, 826, BGB. und gegen § 185/187 StGB. Zum Schutze seines geschäftlichen Rufes, seines Vermögens und seiner Ehre griff B in Notwehr zu Handlungen, die für sich allein betrachtet, gegen § 1, 3, 4, 14 UWG. und auch gegen § 824, 826, und evtl. gegen § 185, 187 StGB. verstoßen. Keinen Unterschied würde es für die spätere rechtliche Würdigung machen, wenn A sowohl wie B tätlich geworden wären, oder sich gegenseitig genötigt hätten.

Die nichtwettbewerbsrechtlichen Verstöße sind durch die Notwehr gedeckt. Die Verletzung des Rechtsguts des Wettbewerbsrechtes wird aber hierdurch nicht gerechtfertigt. Notwehr rechtfertigt nicht die Verletzung von Rechtsgütern Dritter oder der Allgemeinheit.

Offensichtlich kollidieren in diesen Fällen die einzelnen geschützten Rechtsgüter. Das durch den rechtswidrigen Angriff bedrohte private Rechtsgut kann nur durch gleichzeitige Preisgabe des der Wettbewerbsordnung zugrunde liegenden Rechtsgutes gewahrt werden. Hier tritt eine ähnliche Problematik auf, wie wir sie schon anläßlich der Schwierigkeiten, in die die Notwehr-Abwehrlehre führt, kurz gestreift haben (vgl. IV. Kapitel 1 e, S. 20 der Arbeit).

Der einzige Gesichtspunkt, der eine Lösung zu bieten vermag, ist der Notstand. Aber mit den gesetzlichen Notstandsbestimmungen kann auch hier keine Abhilfe geschaffen werden. Das uns bedrängende Problem verlangt eine grundsätzliche Lösung, die nicht auf der Anerkennung einer momentanen Unzurechenbarkeit, sondern auf der vollen Billigung und Bejahung der Rechtsordnung beruht. Der Knoten läßt sich aber mit Hilfe des von der Literatur und der Rechtsprechung anerkannten allgemeinen Güterabwägungsprinzips bzw. des übergesetzlichen Notstands (Schwarz a. a. O. Vorm. zu § 51, 2 Bd. Mezger a. a. O. § 32 I, S. 241—242 u. bes. Jesse a. a. O. S. 63) lösen, da wir ja gemäß unserer geistigen Grundlagen nicht von der grundsätzlichen Gleichartigkeit und Gleichwertigkeit der kollidierenden Güter auszugehen haben, wie etwa Reimer und die anderen Notwehr-Abwehrlehrer auf Grund ihrer rein privatrechtlich eingestellten Dogmatik.

Es ist nicht unsere Aufgabe, die ganze Entwicklung und Begründung dieses Institutes zu geben, zumal die eigentlichen Schwierigkeiten die seiner Anerkennung im Wege gestanden haben, durch die Zeitentwicklung größtenteils überholt sein dürfen. Wir fassen daher die wichtigsten Sätze nach Mezger kurz zusammen: Geraten zwei von der Rechtsordnung anerkannte Werte in solche unausweichliche Kollision, daß nur eines von beiden wahrgenommen werden kann, so ist es nicht rechtswidrig, wenn das Höherwertige auf Kosten des Geringeren gerettet wird. Die Wertung erfolgt zunächst an der aus dem Gesetz ersichtlichen Rechtsgüterbewertung, wie sie beispielsweise aus den auf die Verletzung angedrohten Strafen ersichtlich sind, dann aber, wo dies nicht zum Ziele führt aus übergesetzlichen, aber stets innerrechtlichen Erwägungen an Hand der allgemeinen Kulturanschauungen und letzthin an Hand der Rechtsidee selbst. In der Ablehnung der vom RG. aufgestellten subjektiven Sorgfaltspflicht, und in der Ablehnung der sog. Zwecktheorie des Liszt'schen Lehrbuches — die für unser Problem von geringer Bedeutung ist und sich mehr als ein Formulierungsstreit darstellt — folgen wir den Ausführungen Mezgers. Daß die Idee des übergesetzlichen Notstandes gerade für das heutige Recht ein Grundprinzip darstellt, ergibt sich aus seiner grundsätzlich wertbestimmten Herkunft und Legitimation.

5. Güterabwägung / Die besonderen Notwehrfälle Becher, Baumbach

Unterzieht man nun gemäß des Güterabwägungsprinzips die kollidierenden Güter einer wertenden Betrachtung, so muß man von vorneherein einer Gefahr begegnen, die leicht dann auftritt, wenn öffentliche Interessen mit Interessen der Einzelperson abgewogen werden.

Meist wird nämlich auf Grund des Satzes: „Gemeinnutz geht vor Eigennutz" das öffentliche Interesse grundsätzlich dem Einzelinteresse vorgezogen. Dies ist der zu enge Gesichtspunkt, den Hartwig-Jäger implizite bei der Abwehr anwendet. Eine solche Wertung entspricht aber keineswegs der Auffassung des täglichen Lebens, da hierbei vergessen ist, daß die öffentlichen Belange von sehr unterschiedlicher Bedeutung sind. Die Hierarchie der Werte ist nicht grundsätzlich so zu denken, daß auf der unteren Stufe die Einzelinteressen stehen und darüber die öffentlichen. So sind die hinter den ordnungspolizeilichen Vorschriften stehenden Rechtsgüter von ungleich geringerem Range als das Rechtsgut das durch die Hochverratsparagraphen geschützt ist. Ebenso ist klar, daß z. B. die Vorschriften der Reichsstraßenverkehrsordnung oder die des § 360 Ziff. 10 StrGB., durch welche der ordnungsmäßige Verkehr bzw.

die öffentliche Ruhe gesichert sind, gegenüber dem Gesetz, das den Leib und das Leben des einzelnen gegen einen konkreten Eingriff schützt, im Konfliktsfall von geringerer Bedeutung sind, obwohl sie öffentliche Interessen betreffen. Wo es sich daher um einen Angriff auf Leib und Leben handelt, spielt die zur Notwehr gegen diesen Angriff evtl. notwendige Verletzung von Polizeivorschriften keine Rolle.

Die Wertung der öffentlichen Rechtsgüter gegenüber den privaten kann also nur bei konkreter Gegenüberstellung erfolgen.

Ein anderer Gedanke wird uns der Beantwortung unserer Frage noch näher führen.

Eine vollständig in sich begründete Gegensätzlichkeit zweier Rechtsgüter gibt es heute nicht mehr, auch wenn eine Kollision auftritt. Sämtliche Güter erhalten ihre Bestätigung durch die Rückbeziehung auf völkische Werte; diese Rückbeziehung gehört geradezu zur Substanz des betreffenden Gutes. Die Beziehung ist aber nicht eine gedankliche Verbindung, die im Bedarfsfalle von außen herangetragen wird, was früher zu einer grob-materiellen, dem Majorisierungsvorgang vergleichbaren Entscheidung geführt hat, sondern gehört wesentlich zum Gute selber. Selbstverständlich ist damit der Wert eines Gutes von innen heraus in einen relativen Raum gestellt, der bestimmt wird durch die verschiedensten völkischen Gesichtspunkte. Hier zeigt sich gerade die Fülle und Tiefe des organischen Denkens innerhalb der völkischen Rechtsordnung, wie sie ein streng analytisches Rechtsdenken nicht enthalten konnte.

Somit ist für die Entscheidung über den Wert eines öffentlichen Gutes im Vergleiche mit einem „privaten" Gut der beiden Gütern immanente Gedanke ihres Wertes für die völkische Rechtsordnung maßgebend. Es fragt sich nur, wo im Konfliktsfall der Grundwert in höherem Maße konkretisiert erscheint. Die Wettbewerbsordnung dient der ordnungsmäßigen Abwicklung des Verkehrs der gewerblichen Wirtschaft nach dem Leistungsprinzip im Einklang mit den sittlichen Grundsätzen des völkischen Staates. Die in ihr gestalteten Werte sind von hoher ethischer Bedeutung. Doch kann man sich vorstellen, daß ein Mitglied der Gemeinschaft in seiner außerhalb des Wettbewerbsrechtes vom Staat garantierten Rechtsstellung in einer solchen Weise angegriffen wird, daß eine unmittelbare Wahrnehmung der angegriffenen Güter gerade im Interesse der Aufrechterhaltung der völkischen Rechtsordnung unbedingt erforderlich ist, auch wenn hierdurch eine Beunruhigung und Beugung der spezielleren Wettbewerbsordnung eintritt.

Rechtsgüter des einzelnen, deren Verletzung in diesem Sinne untragbar erscheint, sind solche, bei deren Schädigung ein typischer Kriminaltatbestand verwirklicht wird, wie z. B. Verletzung des Eigentums, des Lebens und der

Freiheit. Hier erscheint der Umstand, daß sich der Vorgang in der Wettbewerbssphäre abspielt, von nichttypischer Bedeutung und daher geringfügiger.

Bei der Frage der Verletzung der Ehre ist die Entscheidung nicht so leicht zu fällen, wegen der leider im konkreten Fall meist hereinspielenden untrennbaren „Geschäftsehre" (vgl. Baumbach a. a. O., 1938, Übersicht vor § 14/15, S. 216/217), die in Wirklichkeit mit der Ehre, wie sie das nationalsozialistische Reich als höchstes und äußerst wehrfähiges Gut postuliert, nichts zu tun hat. Nur dort, wo wirklich der innere Kern der Person angegriffen ist, erscheint dieses Gut auf Kosten der Wettbewerbsordnung schutzwürdig.

Die Fälle der §§ 824, 826 BGB. haben wir schon durch die Einschränkung des Notwehrbereiches ausgeschieden. Wollte man aber doch nach BGB. zum Schutze der in diesen Paragraphen benannten Rechtsgüter Notwehr gewähren, so könnten diese Güter gegenüber der Wettbewerbsordnung nicht bevorzugt werden, da sie im engsten funktionellen und typischen Abhängigkeitsverhältnis zu jener stehen.

Will man aber zur richtigen Entscheidung des einzelnen Falles gelangen, so genügt diese Gegenüberstellung noch nicht, vielmehr muß jeweils die konkrete Verletzung des privaten Rechtsgutes mit allen besonderen Umständen gegenüber der zu ihrer Abwehr geplanten oder schon ausgeführten konkreten Handlung, die einen Angriff gegen die Wettbewerbsordnung darstellen wird oder darstellt, abgewogen werden.

An diesem Platze können wir die immer wieder durch die Wettbewerbswissenschaft aufgestellten Einteilungen der Wettbewerbsverstöße nach ihrer Schwere außerordentlich gut gebrauchen (vgl. z. B. Nerreter a. a. O. S. 61 ff.). Wertvolle Anhaltspunkte gibt auch der von Elster als oberstes Wertmaß aufgestellte Grundsatz der Wahrheit und Klarheit. Eine Handlung, die sich im landläufigen Sinne nur gegen den einen angreifenden Mitbewerber richtet, das Publikum nur wenig beunruhigt, nicht irreführt, erscheint demnach eher zuzulassen zu sein, als eine solche, die in der Öffentlichkeit zum Nachteil einer Mehrheit von Mitbewerbern oder des Publikums unrichtige Vorstellungen hervorruft, oder als grobe Störung des Wettbewerbsfriedens empfunden wird. Betrachten wir von hier aus die Verteidigungshandlung des B in unserem Beispiel X. Kapitel, 4, S. 67, so ist dieselbe trotz des scharfen Angriffes des A mit Rücksicht auf die Interessen der Allgemeinheit nicht zu billigen. Welche Erwiderung wir in diesem Falle als zulässig ansehen und welche rechtliche Begründung für diese zu geben ist, soll im XII. Kapitel, 4, S. 87 gezeigt werden. Die alte Entscheidung des Reichsgerichts im Leipziger Zeitungsstreit (JW. 1915/915), wo es die Verteidigung der übel verleumdeten Redakteure mit der rechtlichen Begründung des Handelns in Notwehr zugelassen hat, wäre da-

gegen ein Beispiel für die von uns vorgeschlagene Anwendung der Notwehrgrundsätze im Wettbewerbsrecht.

Bei einem rechtswidrigen drohenden Angriff eines Wettbewerbers gegen das Publikum, die Allgemeinheit, wird die Verletzung der Wettbewerbsordnung regelmäßig in Kauf genommen werden können. Hier darf auch der Konkurrent Nothilfe üben. Vergleiche unser Beispiel I. Kapitel, S. 11 (giftige Essigessenz). Besonders scharf muß hier aber geprüft werden, ob die Notwehrvoraussetzungen, insbesondere was die Gegenwärtigkeit des Angriffs angeht, vorliegen, denn den unlauteren Wettbewerb zugunsten der Allgemeinheit gibt es auch nach unserer Anschauung keineswegs.

Sehen wir uns in der Literatur um, so haben wir mit unseren Ausführungen einen gedanklichen Unterbau zu der von einzelnen Schriftstellern (Becher a. a. O. § 1, Anmerkung 21, Baumbach a. a. O. 1938, Allgem. IX 2 A, S. 52) betonten eingeschränkten Anwendung der Notwehr im Wettbewerbsrecht gegeben.

Für die von diesen Schriftstellern gemachte Unterscheidung zwischen Abwehr und Notwehr („Notwehr ist nur ein Unterfall der Abwehr", Baumbach) werden wir im folgenden eine Aufklärung geben können, und zugleich zu einer Abrundung unseres Themas gelangen.

XI. Kapitel: Betrachtung der Abwehrtatbestände unter einem anderen Gesichtspunkt als dem der Abwehr?

1. Sittenwidrige Handlungen und die Unrechtsausschließungsgründe. Weiterer Konstruktionsfehler der Notwehr-Abwehrlehre

Alle früheren Ausführungen beruhen wesentlich auf der Anwendung des Satzes, daß eine für sich allein betrachtete rechtswidrige Handlung nur durch das Hinzutreten von Unrechtsausschließungsgründen, deren es nur eine bestimmte Anzahl, mit ganz bestimmten Voraussetzungen (z. B. Notwehr bei Anwendung des Verteidigungsgedankens usw.) gibt, rechtmäßig werden kann.

Wollten wir aber wie bisher im Anschluß an die Notwehr-Abwehrlehre sämtliche wettbewerbswidrig-rechtswidrigen Handlungen ausschließlich unter diesem Gesichtspunkt betrachten, so kämen wir teilweise zu grundsätzlich falschen rechtlichen Konstruktionen.

Solange wir uns in einem Rechtsgebiet befinden, wo jede Verbotsnorm einen vollen Tatbestand verkörpert, kann für die Frage der ausnahmsweisen

Zulässigkeit einer Handlung nur jener Satz Anwendung finden. Möglicherweise tritt aber ein neues Moment auf bei Verbotsnormen, die in Wirklichkeit Blankettformulierungen sind und erst durch bestimmte Wertbegriffe aus dem täglichen Leben ausgefüllt werden müssen.

Eine solche Norm ist der § 1 UWG., unter welchen ein großer Teil der praktisch vorkommenden wettbewerbswidrigen Handlungen ausschließlich fällt. Er erklärt solche Handlungen für rechtswidrig — unter der Voraussetzung, daß sie zu Wettbewerbszwecken vorgenommen sind —, die gegen die guten Sitten verstoßen.

Also erst, wenn eine nicht durch positive Norm verbotene Wettbewerbshandlung die Grenzen der Sittengemäßheit überschreitet, wird sie rechtswidrig.

Zunächst wird somit über die Handlung ein Urteil gefällt, das eine wertende Betrachtung nach den Vorstellungen des täglichen Lebens darstellt und nichts weiter ist als die Feststellung eines Tatbestandsmerkmals. Ob eine Verletzung der guten Sitten vorliegt oder nicht, wird nach den gesamten konkreten Tatumständen durch einen einheitlichen Erkenntnisakt festgestellt (vgl. z. B. Baumbach a. a. O. Allgem. IX 4 F S. 86, RG. MuW. 29/273). Bei der Prüfung auf Sittengemäßheit können wohl Handlungstypen festgestellt werden, die regelmäßig gegen die guten Sitten verstoßen, aber mehr nicht. — Nochmal sei es gesagt, erst nach Berücksichtigung aller Umstände kann überhaupt ein positives oder negatives Urteil gefällt werden. Man kann hier nicht die bei dem Rechtsschluß auf Rechtmäßigkeit oder Unrechtmäßigkeit gebräuchlichen Denkformen anwenden. Es ist ein Unding zu sagen, eine Handlung verstößt gegen die guten Sitten, der Verstoß gegen die guten Sitten wird aber durch einen Unrechtausschließungsgrund wieder aufgehoben, denn eine solche Denkform resultiert aus dem Subsumptionszwang der abstrakten, gesetzten Rechtsordnung, der bei Vorliegen ganz bestimmter Tatbestandsmerkmale eine Verletzung der Norm registrieren läßt. Gerade dieses Merkmal fehlt aber „den guten Sitten", denn dieser Begriff greift ja gerade immer dort ein, wo ein konkreter Gesetzestatbestand die verlangte Aufgabe nicht erfüllen kann.

Die im einzelnen außerordentlich verschieden liegenden Fälle der sachlichen, vergleichenden bzw. persönlichen Reklame zur Abwehr, wie sie das Reichsgericht in ständiger Rechtsprechung zuläßt, mit dem gewichtigen Institut der Notwehr erledigen zu wollen, wie das Reimer und Rudloff-Blochwitz tun, erscheint nicht adäquat.

Das Reichsgericht ist dieser schwerfälligen Konstruktion nie gefolgt, indem es geschmeidig immer nur von Abwehr sprach, wenn es auch manchmal auf Ausführungen Reimers verwiesen hat (z. B. in GRUR. 35/448/969). Man gewinnt von hier aus ein besseres Verständnis für die lockere undogmatische

Ausdrucksweise des Reichsgerichts. Reimer hätte in den Fällen, welche ausschließlich unter dem Gesichtspunkt des § 1 UWG. betrachtet werden müssen, entsprechend dem RG. die „Norm" aufstellen müssen: Eine an sich unter § 1 UWG. fallende Handlung, die der Abwehr eines wettbewerbswidrigen Angriffes dient, ist von vornherein nicht sittenwidrig, also auch nicht rechtswidrig.

Die schon genannte Unterscheidung Baumbachs (a. a. O. 1938, Allgem. IX A, S. 52) zwischen Abwehr und Notwehr dürfte wohl auf der Erkenntnis der Besonderheit der lediglich sittenwidrig-rechtswidrigen Wettbewerbshandlungen beruhen. Vergleiche hierzu die völlig nichtssagende Kritik Reimers (I, 20. Kapitel, Anmerkung 2, S. 159).

Die Besonderheiten, der lediglich gegen § 1 verstoßenden Abwehrhandlungen nicht erkannt zu haben, bedeutet einen weiteren Konstruktionsfehler der Notwehr-Abwehrlehre. Allerdings fällt dieser insofern nicht eigens ins Gewicht, da in diesen Fällen immerhin von einer analogen Anwendung der Notwehrgrundsätze (siehe z. B. Callmann a. a. O. § 1, Anmerkung 21) hätte gesprochen werden können. (In manchen Fällen, wo wir Notwehrhandlungen unter den im vorigen Kapitel besprochenen Voraussetzungen zulassen, kann auch nur von einer analogen Anwendung der Notwehr bzw. des übergesetzlichen Notstandes gesprochen werden.) Wir konnten daher diese Erörterung auch ohne Schaden für die gesamte Arbeit zurückstellen (vgl. IV. Kapitel 1 a und 6, S. 15 und 29).

Selbstverständlich behält unsere grundsätzliche Verneinung der Zulässigkeit von an sich, d. h. für sich allein betrachtet wettbewerbswidrigen Mitteln *aus Gründen der Abwehr* ihre Gültigkeit, da der einzelne Wettbewerber zur Abwehr sich genau so wenig sittenwidrig-rechtswidriger Mittel wie von vorneherein rechtswidriger Mittel bedienen darf. Auch bei der Beurteilung einer Handlung auf ihre Sittengemäßheit muß der Unrechtskompensationsgedanke der Abwehr abgelehnt werden.

Die eingangs dieses Kapitels gemachte Feststellung ist für uns aber deshalb wichtig, weil sie uns die Befreiung von der engen Dogmatik des BGB. bringt und die Möglichkeit bietet, Tatbestände, welche der Wettbewerb mit sich bringt, nach den jeder besonderen Situation gerecht werdenden, beweglichen Wertmaßstäben der Wettbewerbsordnung zu beurteilen. So können wir auch ein ganz neues Moment in die Betrachtung einführen.

2. Untersuchung von an sich gegen § 1 UWG. verstoßenden Abwehrhandlungen auf eine innere Strukturwandlung

a) Wir sind zu dem Ergebnis gelangt, daß aus Gründen *der Abwehr*

eines Angriffes eine Erweiterung der sonst zulässigen Wettbewerbskampfmittel nicht stattfinden kann.

Soweit es sich hierbei um Tatbestände handelt, die für sich allein betrachtet lediglich gegen § 1 UWG. verstoßen, sind aber, wie wir gesehen haben, für die endgültige Beantwortung der Frage der Sittenwidrigkeit sämtliche Tatumstände in freier Weise zu würdigen. Wir dürfen uns also nicht lediglich auf den Versuch der analogen Anordnung formeller Unrechtsausschließungsgründe beschränken. Vielmehr bleibt noch zu untersuchen, ob solche Tatbestände, welche bisher lediglich im Namen der Abwehr, d. h. nach dem Grundsatz: „Recht kann gegen seine Vereitelung auch durch Rechtsbruch gewahrt werden", für zulässig erachtet worden sind, nicht aus anderen Gründen billigenswert erscheinen; mit anderen Worten: ob nicht in manchen Fällen fälschlich oder unnötigerweise mit dem Abwehrgedanken operiert wurde bzw. dasselbe Ergebnis auch nach unseren Anschauungen über den Wettbewerb hätte erreicht werden können, so daß die Ablehnung des Abwehrgedankens noch nicht zur Ablehnung des damit bisher erreichten Ergebnisses führen würde. Solche Gründe können dann vorliegen, wenn eine Handlung durch ihre sie ergänzende Beziehung zu einer anderen (wir meinen tatbestandsmäßig die Wechselbeziehung, die bisher nur als Abwehr eines Angriffs gewürdigt worden ist) eine solche Strukturwandlung erlebt, daß ihr das sittenwidrige Gepräge von innen her genommen wird, ohne daß ein Unrechtskompensationsgedanke herangezogen werden brauchte.

b) Um es von vornherein zu sagen, die Fälle, in denen eine solche Strukturveränderung zu bemerken ist, sind auf ein theoretisch betrachtet enges, wenn auch praktisch wichtiges Sachgebiet beschränkt, nämlich auf die vergleichende bzw. persönliche Reklame zur Abwehr, wie sie das RG. versteht.

Die meisten gemeinhin gegen § 1 UWG. verstoßenden Handlungen, soweit sich überhaupt die Abwehrrelation zu einer anderen Handlung konstruieren läßt, lassen von vorneherein erkennen, daß ihnen auch bei einer solchen Beziehung der innewohnende unfaire oder friedenbrechende Charakter weiterhin anhaftet, also keine Strukturveränderung vorgegangen ist. In diesen Fällen könnte also nur die von uns verpönte Unrechtskompensation stattfinden.

Kundenanreißen bleibt gewaltsame Reklame, belästigt das Publikum und ist in besonderem Maße wegen der Kampf- und Streitlust, die es um sich verbreitet, geeignet, den Wettbewerbsfrieden zu stören. Die nichtöffentliche Anpreisung nicht vorhandener Vorzüge der eigenen Ware (die öffentliche Anpreisung fällt unter § 3 bzw. 4 UWG. und hat daher hier auszuscheiden) kann wegen Nichtachtung der Wahrheit, eines Grundprinzips des fairen Wettbewerbs, auch wenn noch so besondere Umstände vorliegen sollten, sittlich nie

gebilligt werden. Das gleiche gilt von einer gehässigen, verunglimpfenden Herabsetzung des Konkurrenten und selbstverständlich auch von jeder spezifisch undeutschen Wettbewerbshandlung.

Auch die Mitteilung von Verhältnissen des Mitbewerbers, die mit dem Geschäftsverkehr vernünftigerweise nichts zu tun haben (Konfession, Vorstrafen usw.), ist, auch wenn sie wahr ist, unter allen Umständen zu mißbilligen. Sie stellt nämlich eine Unsachlichkeit von Grund aus dar, da sie Dinge in den Kampf um den Kunden und den Absatz einführt, um deren Vergleich und um deren Kräftemessung es sich überhaupt nicht handelt (vgl. hierzu die herrschende Rechtsprechung z. B. RG. GRUR. 38/924). Man kann diese Art der Mitteilungen über die Verhältnisse des Mitbewerbers auch mit dem Schlagwort: „Persönliche Reklame im engeren Sinne" bezeichnen, um somit einer Verwechslung der für die vergleichende bzw. persönliche Reklame geltenden Grundsätze auszuweichen (vgl. hierzu Reimer a. a. O. II, 113. Kapitel, IV, S. 546 f.). Ein besonderer Beweis für unsere Auffassung ist, daß der kritische Kunde grundsätzlich von diesem Kampf nichts wissen will, selbst wenn er sieht, daß der eine der Konkurrenten vom anderen unfair behandelt worden ist. Wettbewerbspolitisch gesehen ist gerade hier grundsätzliche Härte unbedingt erforderlich, da diese persönliche Reklame i. e. S. zur Abwehr meist lediglich einem höchst unerquicklichen und hoffnungslosen Auspacken der beiderseitigen schmutzigen Wäsche gleichkommt.

c) Eine Gruppe von Tatbeständen muß gesondert betrachtet werden. Es sind dies die monopolistischen Maßnahmen, die auf der Ausnutzung einer wirtschaftlichen Machtstellung beruhen. Zu nennen ist hier in einer Reihe der Boykott, die Sperre und die Preisunterbietung (auf die rechtlichen Besonderheiten der einzelnen Maßnahmen, insbesondere der Preisunterbietung, brauchen wir im Rahmen unserer jetzigen Darstellung nicht einzugehen, ebenso nicht auf das hier hereinspielende Kartellrecht). Das Reichsgericht vertritt in ständiger Rechtsprechung (z. B. RGZ. 104/327, 140/431, 134/342) die Auffassung, daß solche Maßnahmen — wenn nicht die benutzten Mittel an sich unlauter sind, wie z. B. bei gehässiger, irreführender Boykottansage — nicht gegen die guten Sitten verstoßen. Einen Sittenverstoß nimmt es aber, abgesehen von der Herbeiführung der Existenzvernichtung, dann an, wenn der Nachteil, der dem Betroffenen erwächst, in keinem Verhältnis zu dem Verhalten steht, das den Anlaß zu der monopolistischen Maßnahme gegeben hat. Maßgebend ist also das Verhältnis des Interesses des Boykottierers am Zwang zum Ausmaß des Schadens des Boykottierten. Irgendwelchen grundsätzlichen Vorzug vor dem in seinen Interessenkreis eindringenden Boykottierer genießt der Boykottierte nicht, da die monopolistische Maßnahme ja eine grund-

sätzlich zulässige Form des Wettbewerbs ist. Es handelt sich um den voraussetzungslosen Machtkampf der Interessen, bei dem lediglich willkürliche und unverhältnismäßige Schadenzufügung verboten ist.

Das die monopolistische Maßnahme auslösende „Verhalten" des anderen kann von sehr verschiedener Art sein. Es kann in einem Nichteingehen auf die Wünsche des Gegners (Nichtbeitritt zu einer Organisation), aber auch in einem positiven, nicht erwünschten Tun (Beitritt zu einer Organisation) bestehen. Es können auch Handlungen sein, die zwar wettbewerbsgemäß sind, aber doch vom Gegner als aggressive Maßnahmen empfunden werden (Angriff im natürlichen Sinn). Selbstverständlich kann das die Maßnahme auslösende Verhalten auch in einem wettbewerbswidrigen Angriff bestehen. Die Frage, ob gegen einen rechtswidrigen Angriff eine monopolistische Maßnahme zulässig ist oder nicht, beurteilt sich also nach demselben ethisch indifferenten Proportionalitätsgrundsatz, der auch für völlig anders gelagerte Sachverhalte — z. B. harmloses Nichthandeln, das erst durch das hereingetragene Interesse des Monopolisten überhaupt zu einem „Anlaß" wird — gilt. In einer entfernt ähnlichen Weise, wie die Abwehr bei einer unbedenklichen Zulassung der Einrede der Arglist (vgl. IV. Kapitel, 5, S. 28 f.) als Sondertatbestand praktisch untergehen würde, ist sie hier tatsächlich von dem Grundsatz der Proportionalität der gegenseitigen Interessen überdeckt. So ist also die Besonderheit eines rechtswidrigen Angriffes in dem weiteren Begriff des zureichenden (verhältnismäßigen) Anlasses untergegangen. Aus Mangel am Tatbestand müssen wir daher auf eine besondere Untersuchung der eventuellen inneren Strukturwandlung einer Monopolmaßnahme durch ihre Beziehung auf einen rechtswidrigen Angriff verzichten. Diese Frage wäre in diesem Kapitel zu behandeln gewesen, denn so wie jene, für sich allein betrachtet, ist, ist sie zulässig, wenn nur ihre Wirkung „verhältnismäßig" erscheint.

Bei der Prüfung, ob ein zureichender Anlaß für eine monopolistische Maßnahme vorliegt, kann die Tatsache, daß sie zur Beantwortung eines aggressiven wettbewerbsgemäßen oder wettbewerbswidrigen Verhaltens dient, selbstverständlich eine Rolle spielen. Ein positiver Angriff, der eine Kausalität ins Rollen bringt, gibt natürlich zureichenden Anlaß für schärfere Gegenmaßnahmen als ein neutrales, aber einer bestimmten Wirtschaftsgruppe nicht angenehmes Verhalten. So ist auch die Entscheidung des Reichsgerichts im Bremer Baumwollspediteurfall (JW. 27/113, Kartellrundschau 27/169, erwähnt von R. Isay in GRUR. 29/1379 und von Koehne a. a. O.) zu erklären, obwohl das Reichsgericht dort direkt mit dem Abwehrzweck argumentiert. Auch in diesem Fall kann lediglich eine Interessenabwägung stattfinden, welche mit dem rechtsethischen Gedanken der Abwehr von Unrecht nichts zu tun hat.

Richtig meint Koehne a. a. O. zu dieser Entscheidung, daß die Maßnahmen des Spediteurvereins wohl nicht zulässig gewesen wären, wenn die Außenseiterin die gleichen Preise angeboten hätte wie der Verein. Der Grund hierfür liegt aber darin, daß dann dafür der Sperredrohung kein zureichender Anlaß mehr gegeben wäre. Ein Angriff im natürlichen Sinne kann aber vom Spediteurverein auch jetzt noch in dem Verhalten der Außenseiterin gesehen werden, und zwar darin, daß diese sich nicht dem Verein anschließt. Es kommt also auf die „Abwehr" gar nicht an, sondern lediglich auf die Proportionalität der Interessen.

Man kann in einem Machtkampf unter Umständen von Angriff und Abwehr im phänomenologischen Sinne sprechen, wobei das Kriterium für beides sehr subjektiv ist. Man darf aber nun nicht glauben, man habe damit etwas über den rechtlichen oder ethischen Wert einer Handlung ausgesagt. Diesen Irrtum begeht R. Isay in seinem Gutachten zu dem Urteil des Oberlandesgerichts im Tankstellenfall (GRUR. 29/1379 unter Verwendung des Urteils betr. die Baumwollspediteure). Er bringt es fertig nachzuweisen, daß der Tankstellenbesitzer dadurch gegen das ihm völlig fremde Kartell einen Angriff begangen habe, daß er dessen Preiserhöhung nicht mitmachte, und, als man ihn durch K a m p f preise zu beseitigen suchte, diese Kampfpreise unterbot. Aus dieser Tatsache zieht R. Isay dann den Schluß auf die Zulässigkeit der Monopolmaßnahme! Dieser Fall mag am besten die Richtigkeit unserer Feststellung beweisen, daß es aus Gründen der „A b w e h r" gegen wettbewerbsgemäße Handlungen keine Erweiterung der zulässigen Handlungen gibt. Hierzu sind nochmals unsere Ausführungen im I. Kapitel 2 und 4, S. 8 und 9 und im V. Kapitel 2, S. 33 zu vergleichen.

Auf die vom Reichsgericht in der Frage der Beurteilung der Monopolmaßnahmen abweichenden Sondermeinungen Callmanns (a. a. O. Anmerkung 25 b zu § 1, S. 146) und Baumbachs (a. a. O. 1938, Anmerkung 6 b zu § 1, S. 90) können wir nicht eingehen, da dann das Problem — eines der umstrittensten und schwierigsten des ganzen (vgl. Franz Böhm, „Wettbewerb und Monopolkampf") Wettbewerbsrechtes — in seiner ganzen Tiefe aufgerollt werden müßte. Dies würde aber den Rahmen dieser Arbeit sprengen.

XII. Kapitel: Die Rechtsprechung des Reichsgerichts zur Abwehr durch vergleichende bzw. persönliche Reklame unter einem neuen Gesichtspunkt

1. Weg und Ziel der Untersuchung

Ganz andersartig erscheint uns die Sachlage bei der vergleichenden bzw. persönlichen Reklame, wie sie das Reichsgericht zur Abwehr zuläßt. Wie erinnerlich, erlaubt das Reichsgericht in der Abwehr nur den sachlichen und wahren Vergleich. Auf den ersten Blick zeigt sich hier ein Unterschied zu den von uns im XI. Kapitel 2 betrachteten Handlungen, denn der Grund, warum ein sachlicher und wahrer Vergleich an sich nicht zulässig sein soll, ist nicht so ohne weiteres auf der Hand liegend und von vorneherein viel differenzierter.

Außerdem fällt auf, daß die wahre und sachliche vergleichende Reklame, die grundsätzlich verboten ist, nicht nur in dem Fall der Abwehr, sondern noch in einer Reihe anderer Fälle zulässig ist. Hier liegt somit der Fall vor, daß eine sonst verbotene Handlung aus bestimmten Gründen erlaubt wird ohne Anwendung der Unrechtskompensation des Abwehrgedankens. Wir sind auf der Suche danach, ob eine bisher aus Gründen der Abwehr für zulässig erachtete konkrete Handlung nicht auch aus anderen Gründen wettbewerbsgemäß ist. Was liegt also näher denn zu untersuchen, ob die für die anderen Ausnahmen maßgebenden Gründe nicht auch in einem gewissen Umfange für die Abwehr durch vergleichende Reklame zutreffend sind?

Unsere Untersuchung hat sich daher zuerst auf die vergleichende Reklame im allgemeinen und die unbestrittenen Ausnahmen zu erstrecken, um dann auf das Problem der Strukturveränderung des Vergleichs in Abwehr zu kommen.

2. Allgemeines über die vergleichende bzw. persönliche Reklame

Vergleichende bzw. persönliche Reklame stellt die Befassung mit der Ware und den persönlichen Verhältnissen des Konkurrenten unter Vergleich mit der eigenen Ware und den eigenen Verhältnissen dar. Das Reichsgericht unterscheidet nicht besonders zwischen vergleichender und persönlicher Reklame. Anderer Ansicht z. B. mit Recht Reimer (a. a. O. II. 113. Kapitel IV, S. 546 f.). Insbesondere macht das Reichsgericht innerhalb der persönlichen Reklame keinen Unterschied zwischen einer solchen, die sich mit den persönlichen, g e w e r b l i c h e n Verhältnissen des Mitbewerbers und einer solchen, die sich mit völlig wettbewerbsfremden, persönlichen Umständen (persönliche

Reklame im engeren Sinne (vgl. XI. Kapitel 2 b, S. 75) des anderen befaßt. Eine solche Tatbestandsanalyse ist sehr wichtig, um das Charakteristikum der Sittenwidrigkeit und den evtl. Wegfall derselben aus besonderen Umständen einwandfrei erkennen zu können. Auf die persönliche Reklame i. e. S. erstreckt sich unsere jetzige Betrachtung nicht, da wir sie als sittenwidrig von Grund aus ansehen. Freilich ist der Übergang zwischen den gewerblich-persönlichen und den rein persönlichen Umständen nicht so scharf zu ziehen. Zu den gewerblichen Verhältnissen eines Mitbewerbers rechnen wir je nach den Umständen z. B. auch seine Berufsausbildung oder seine Bodenständigkeit usw.

Die Bedeutung der in der Definition der vergleichenden bzw. persönlichen Reklame verwandten Begriffe ist außerordentlich umfassend. Wichtig ist, daß der Vergleich auch lediglich in der Herabsetzung der fremden Erzeugnisse liegen kann, da sich von selbst hieraus ein Vergleich mit den eigenen Waren ergibt (herrschende Meinung z. B. Baumbach a. a. O., Anmerkung 4 A zu § 1, Rudloff-Blochwitz a. a. O. S. 258, RG. JW. 37/310 und die übrige umfassende Rechtsprechung).

Die Grundsätze, die zu einem Verbot der vergleichenden Reklame, auch der wahren und sachlichen, führen, hat das RG. eindeutig in seiner Entscheidung MUW. 31/267 ausgesprochen: „Nun hat zwar jeder Gewerbetreibende das Recht, die Vorzüge der eigenen Leistung gebührend zu beleuchten. Es ist aber eine Vergleichung der eigenen Ware mit der des Mitbewerbers behufs Anpreisung der ersteren auf Kosten der angeblich nur eine geringere gewerbliche Leistung darstellenden fremden nach den Grundsätzen des anständigen Wettbewerbs nicht zulässig. Ein durch solches Vergleichen angemaßtes Richteramt in eigener Sache fällt aus dem Rahmen eines ordnungsmäßigen Wettbewerbs heraus. Die Mitbewerber, auch wenn ihre gewerbliche Leistungsfähigkeit tatsächlich geringer sein sollte, brauchen sich nicht gefallen zu lassen, in den fremden Anpreisungen als Mittel der Erhöhung der eigenen Leistungsfähigkeit des Anpreisenden verwandt zu werden. Die Abwägung etwa vorhandener Beschaffenheitsunterschiede zwischen den Waren der Hersteller ... muß dem Verkehr selbst überlassen bleiben."

Diese Sätze sind mehr oder weniger abgewandelt in allen späteren Entscheidungen übernommen worden (vgl. die neueste Zusammenstellung der Entscheidung in RG. GRUR. 38/929).

3. Die Ausnahmen vom Verbot der vergleichenden bzw. persönlichen Reklame. Der den Ausnahmen zugrunde liegende Gedanke

Von dem Verbot der gleichenden bzw. persönlichen Reklame gibt es nach dem RG. aber verschiedene weiter unten zu behandelnde Ausnahmen. Diese

gewähren nun nicht einen Freibrief für jede denkbare Art der Befassung mit den Verhältnissen des Gegners. Erlaubt ist in diesen Ausnahmefällen nur die wahre und sachliche vergleichende Reklame. Über die hohen Anforderungen, die an die Wahrheit und Sachlichkeit solcher Ausführungen zu stellen sind, hat sich das RG. wiederholt geäußert (z. B. JW. 37/689, GRUR. 38/443). Unsachliche und unwahre vergleichende Reklame wäre übrigens auf Grund unserer früheren Untersuchungen hier von vorneherein auszuschalten.

Eine wichtige Ausnahme vom grundsätzlichen Verbot der vergleichenden Reklame ist der sogenannte Systemvergleich. „Bei ihm werden nicht zwei bestimmte Waren einander gegenübergestellt, sondern der Werbende vergleicht sein Erzeugnis mit einer anderen Warengattung, indem er die Verschiedenheit der beiden Systeme vergleicht" (Rudloff-Blochwitz S. 258). Diese Art der Werbung ist deswegen zulässig, weil ein Verbot der Auseinandersetzung über die Vorzüge und Mängel zweier Systeme jede Fortentwicklung der Technik und der Wirtschaft hindern würde (z. B. RG. GRUR. 38/535). Dem Wettbewerber wäre dadurch die Möglichkeit zur Darstellung der eigenen Vorzüge in vielen Fällen genommen, was ja für eine auf dem Wettbewerb aufgebaute Wirtschaft Grundvoraussetzung ist.

Hinzu kommt noch, daß zwar eine erkenntliche Beziehung auf die Ware eines bestimmten Mitbewerbers nach Möglichkeit vermieden werden muß, daß aber der Systemvergleich auch dann noch zulässig ist, wenn aus den Umständen eindeutig auf einen bestimmten Konkurrenten geschlossen werden kann (Rudloff-Blochwitz S. 259), ja selbst wenn ein Name oder eine Ware beispielhaft genannt wird (RG. JW. 37/2844 = GRUR. 38/527, und GRUR. 39/76 [Hohltonziegel, Toschi-Eternit], 38/533).

Damit reicht der Systemvergleich in besonderen Fällen sogar sehr stark an den zulässigen sogenannten notwendigen Vergleich, einer weiteren Ausnahme vom Verbot der vergleichenden Reklame, heran, der dann vorliegt, „wenn die Vorzüge der eigenen Leistung nicht anders als durch die Gegenüberstellung mit anderen Leistungen gezeigt werden können". (Rudloff-Blochwitz S. 260, vgl. auch Baumbach, Anmerkung 4 G, zu § 1, Reimer II, 118. Kapitel, Anmerkung 11, S. 551.)

Ein Eingehen auf die Ware des anderen muß aber auch dann erlaubt sein, wenn der Kunde dem Wettbewerber A tatsächlich nicht vorhandene Vorzüge der Ware bzw. nicht zutreffende gewerbliche Verhältnisse des B, oder Vorzüge der Bschen Waren und Verhältnisse, die er bei der Ware des A zu vermissen glaubt, vorhält. Wie soll A seine Ware ins rechte Licht setzen, ohne auf den Irrtum des Kunden einzugehen, oder dessen Urteil zu ergänzen, und dadurch auf die Verhältnisse des B zu sprechen zu kommen?!

In dem Rebko-Fall (GRUR. 38/127) hat das RG. grundsätzlich die Irrtumsberichtigung zugelassen, wenn auch dieser Grundsatz aus tatbestandlichen Gründen keinen Einfluß auf die Entscheidung hatte. Der Fall läßt sich aber leicht ergänzen. Hätte der Kunde D die Ware der Beklagten als nicht ganz einwandfrei beanstandet, weil sie außerhalb der für Deutschland nach seiner irrigen Meinung allgemein verbindlichen Preis- und Herstellungskontrolle der Rebko hergestellt und verkauft wurde, so hätte die Beklagte in vergleichender Weise mitteilen dürfen, daß die Rebko nur die private Vereinigung bestimmter Unternehmer der Branche sei, daß es zahlreiche leistungsfähige Firmen außerhalb dieser Konvention gebe, und daß, da ihre (der Beklagten) Pfähle nach den Vorschriften der Deutschen Reichspost hergestellt seien, die Rebko-Firmen auch nicht mehr geben könnten.

(Übrigens wird in solchen Fällen von Wettbewerbern gerne von Angriffen der Konkurrenz oder der Kunden gesprochen, die abgewehrt werden müssen. Man könnte also sagen, hier ist eine an sich unzulässige Handlung auch ohne rechtswidrigen Angriff zur Abwehr zulässig. In Wirklichkeit ist aber das Sittenwidrigkeitsmoment aus anderem Grunde weggefallen.)

Erlaubt ist aber auch die vergleichende Bezugnahme auf die Ware und gewerbliche Leistung des anderen, wenn der Wettbewerber hierzu vom Kunden aufgefordert wird (RG. JW. 36/2868, 37/686 und die hierzu gehörenden Anmerkungen Eulemanns, Baumbach 1938, Anmerkung 4 G zu § 1, S. 87). Das RG. verlangt hier besonders große Vorsicht und vor allem sachliche Beweisführung, die eine Nachprüfung des Urteils ermöglicht (RG. JW. 37/689). Es erlaubt aber doch grundsätzlich in solchen Fällen das Eingehen auf die Verhältnisse des anderen.

Unseres Erachtens führen zwei verschiedene Gründe zu diesem Ergebnis: Einmal würde der Wettbewerber, wenn er dem Kunden eine sachliche Erklärung verweigern würde, sich selber in ein schiefes Licht setzen, die einseitige Hervorhebung der eigenen Ware würde Mißtrauen erregen, wirkungslos werden und so ginge der Wettbewerber seines Rechts, die eigene Ware wirkungsvoll herauszustellen, praktisch verlustig (Eulemann, Anmerkung zu JW. 36/2869). Zum anderen hat der Kunde ein berechtigtes Interesse, vom Wettbewerber als Fachmann beraten zu werden. Dies gilt besonders heute, wo es einem Laien einfach unmöglich ist, sich ohne eine sachliche Anleitung eine Meinung über die ungezählten gleichen und ähnlichen Industrieartikel und -systeme zu bilden (vgl. hierzu die schon angeführten Fußnoten Eulemanns). Dieses Interesse des Publikums darf nicht, um den Wettbewerbern nicht weh zu tun, als nebensächlich behandelt werden, da der Wettbewerb nach unserer Ansicht nicht mehr allein dem Gewinnstreben der

Konkurrenten dient. Eine übermäßige Einschränkung der erlaubten Wettbewerbshandlungen führt eben nicht unter allen Umständen die Angleichung des Wettbewerbslebens an das neue Weltbild des Nationalsozialismus herbei.

Darum bedeutet die Zulassung des Vergleichs auf Wunsch und im Interesse des Kunden ein besonders wichtiges neues Charakteristikum in der Rechtsprechung über die vergleichende Reklame.

Wenn das Reichsgericht in JW. 37/310 dem Wettbewerber anrät, den Kunden an dritte neutrale Stellen zu verweisen, so entspricht das einfach nicht den Erfordernissen und Gegebenheiten des täglichen Lebens. Vgl. hierzu wieder Eulemann a. a. O. Wenn Eulemann ausführt, daß diese neutralen Stellen oft keine befriedigende Antworten erteilen können, weil ihnen die nötige Sachkenntnis fehlt, so ist zu ergänzen, daß leider diese Stellen selbst in Fällen, wo sie über ausreichende Kenntnisse verfügen, manchmal immer noch aus Scheu, von irgend jemand belangt zu werden, eine präzise, sachdienliche Auskunft vermeiden.

Für die Zulässigkeit der vergleichenden Reklame gilt also, wenn wir unser bisheriges Untersuchungsergebnis zusammenfassen, folgender Grundsatz:

Das „Richten in eigener Sache", die Einflußnahme auf das Urteil des Verkehrs ist dann nicht zu beanstanden, wenn durch ein Verbot desselben dem Wettbewerber die Möglichkeit genommen würde, gebührend die Eigenschaften der eigenen Ware bzw. seine eigenen Verhältnisse herauszustellen oder, wenn ein berechtigtes Interesse des Publikums ein vergleichendes Urteil des Mitbewerbers verlangt.

In solchen Fällen kann man übrigens nicht mehr von einem „Aufwerfen zum Richter in eigener Sache" sprechen. Unanständig erscheint ein Richten in eigener Sache nur dann, wenn ein Mensch *unaufgefordert* oder *ohne gewichtigen Grund* die Rolle der Partei und des Richters übernimmt.

4. Die Strukturveränderung der vergleichenden bzw. persönlichen Reklame in Abwehr eines Angriffes und deren Voraussetzungen

Der weitere und wichtigste Fall, in dem die vergleichende Reklame nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts zulässig ist, ist der der Abwehr eines wettbewerbswidrigen Angriffs; hauptsächlich wenn ein Wettbewerber zuerst die Verhältnisse des anderen in die Werbung hereingezogen hat.

Diese Ausnahme begründet sich nach dem Reichsgericht keineswegs aus dem besonderen Wesen der vergleichenden Reklame, vielmehr gilt für sie der all-

gemeine Grundsatz der Unrechtskompensation durch Abwehr. Wir werden nachweisen können, daß die bisher als Abwehr gewürdigten und daher erlaubten Handlungen ihre Erklärungen ganz organisch aus den für die vergleichende Reklame geltenden Wertungen erhalten und so auf Grund ihrer inneren Struktur gebilligt werden müssen.

Prüfen wir die durch einen vorangegangenen Vergleich entstandene Sachlage, so werden wir sehen, daß die Kriterien, die im allgemeinen das Eingehen auf die Ware des anderen sittenwidrig empfinden ließen, ähnlich wie in den bisher behandelten Ausnahmefällen nicht mehr gegeben sind.

Hat einmal der Gegner die Ware des anderen in einen Vergleich einbezogen, so ist dadurch eine grundlegende Veränderung der Werbungsmöglichkeiten für den Betroffenen vor sich gegangen. Das Publikum, an das dieser sich wenden muß, befindet sich in einer ganz anderen psychologischen Lage wie vorher. Solange jeder Wettbewerber die guten Eigenschaften seiner Ware unabhängig von der des anderen dem Publikum als dem Richter vorträgt, ist die Situation psychologisch im Gleichgewicht. Geht nun aber eine der Parteien dazu über, mit eigener subjektiver Argumentation dem Publikum ein bestimmtes Urteil über den vorliegenden Tatbestand aufzudrängen, so wendet sich in den besten Fällen bei einem kritischen Publikum der Blick nach der anderen Partei in der Erwartung, auch deren subjektives Urteil zu hören, um erst dann das Urteil, d. h. die Wahl der Angebote zu treffen. Es ist hier psychologisch ähnlich wie in der Praxis des Zivilprozesses, wo die Urteilsfindung (Rechtsfindung) zwar auch dem Richter obliegt, dieser aber trotzdem erwartet, daß, wenn die eine Partei eine Rechtsansicht vorträgt, die andere dazu Stellung nimmt. Trotz der Pflicht des Richters, das richtige Recht anzuwenden, spielen gerade Rechtsausführungen der Parteien für den Ausgang des Prozesses eine gewichtige Rolle.

Der Wettbewerber, dessen Waren zu einem ungünstigen Vergleich herangezogen wurden, befindet sich aber meist in einer viel schlimmeren Lage, denn das Publikum ist leider ein sehr leicht beeinflußbarer Richter, der schnell dem, der sich ihm zuerst mit einem subjektiven Urteil aufdrängt, erliegt.

Hat ein Wettbewerber einen Vergleich zwischen seiner und der Ware eines anderen hergestellt, so ist bei dem labilen Urteil und dem Mangel an psychologischer Widerstandskraft des Durchschnittspublikums eine solche Verengung des Gesichtskreises eingetreten, daß das Verhältnis zur Konkurrenzware geradezu eine Eigenschaft der einzelnen Ware geworden ist. Die Vorzüge der einen Ware können in einem solchen Fall nur noch durch ihre Wertrelation zur anderen Ware herausgestellt werden. Sollte es dem fairen Wettbewerber verboten sein, seinerseits auf die

Ware des anderen in sachlicher Weise einzugehen, so würde man ihm die Möglichkeit nehmen, für seine Ware in dem konkreten Fall zu werben. Wenn dieser Gesichtspunkt zur Zulassung des Systemvergleiches, des notwendigen Vergleichs und des Vergleichs auf Aufforderung des Kunden geführt hat, so kann hier nichts anderes gelten.

Außerdem ist nicht jedes Urteil über die eigene Ware im Vergleich zu der des Mitbewerbers schlechthin ein „Richten in eigener Sache". Der faire Teil, der sein Urteil über den anderen nachträglich abgibt, nimmt vielmehr die Stellung eines Menschen ein, der verleumdet wurde und nun um gerechte Beurteilung bittet (et audiatur altera pars).

Aber nicht nur das Interesse des Wettbewerbers verlangt eine andere Beurteilung bei vorangegangenem Vergleich, sondern auch ganz besonders das Interesse des Publikums. Die Handlung des unfairen Wettbewerbers hat die für die Urteilsabgabe notwendige Unvoreingenommenheit beseitigt und eine irreführende, unsachliche Note in die freie Wahl des Publikums hereingetragen. Auf das Publikum wird ein Druck ausgeübt, an die „Stelle der Urteilskraft das Gefühl zu setzen", es wird gedrängt statt sachlich empfindungsmäßig zu vergleichen (vgl. Baumbach, § 1, Anmerkung 4 B). Eine solche Wahl wirkt sich zum Schaden des Publikums aus.

Behauptet der unfaire Wettbewerber dazu noch unwahre Dinge über den anderen oder sich selber, so greift er nicht nur die Willensfreiheit des Kunden an, vielmehr versucht er das Urteil des Kunden zu erschleichen, indem er ihm falsche Urteilsgrundlagen liefert. Schenkt der Kunde dem subjektiven Urteil unter diesen falschen Voraussetzungen Glauben, so wird er geschädigt, weil er unter Umständen nicht das in Wirklichkeit für ihn vorteilhafteste Angebot wählt.

Klärt hier der betroffene Konkurrent durch eine Gegendarstellung auf, so befreit er das Publikum von der psychologischen Belastung, einseitigen Darstellung und verhilft ihm damit wieder zu einer Anwendung seiner kritisch-wägenden Geisteskräfte. Er ermöglicht damit dem Kunden wieder einen Einblick in die wirklichen Urteilsgrundlagen, nämlich die beiderseitigen echten Leistungen. Durch seine Gegenaktion versetzt er gerade das Publikum wieder in die Lage, sich ein freies Urteil zu bilden. Das Ergebnis seines Vergleichs ist also das Gegenteil dessen, was die vergleichende Reklame sonst mit sich brachte.

Die vergleichende Bezugnahme auf die Leistungen des Konkurrenten ist aber nicht nur dort, wo der Gegner auf diesem Wege vorangegangen ist, g e e i g n e t, dem Publikum gegenüber psychologisch aufklärend zu wirken, und für den Wettbewerber n o t w e n d i g zur richtigen Werbung für die eigene Ware.

So ist die aufklärende Befassung mit der Ware des anderen nach dem Reichsgericht, wie nach unserer Auffassung z. B. zuzulassen, wenn dieser Ankündigungen, welche gegen § 3 oder 4 verstoßen, in der Werbung benutzt hat (das gleiche gilt bei nicht öffentlicher unwahrer Werbung, § 1), oder wenn dieser unter Ausnützung des wirtschaftlichen Rufes eines Konkurrenten Waren, die mit der fremden verwechslungsfähig sind (verbotene sklavische Nachahmung § 1), vertreibt.

Keineswegs hat aber der Wettbewerber ein Recht, jedwedes wettbewerbswidrige Verhalten seines Konkurrenten dem Publikum mitzuteilen, denn nur eine ganz spezifische Art von Wettbewerbsverstößen macht ein Eingehen auf die Verhältnisse des anderen notwendig im Sinne unserer früheren Darlegungen. Es sind die Wettbewerbsverstöße, welche sich gegen die freie Willensentscheidung des Publikums richten oder einen Irrtum über die für den Kunden maßgeblichen Urteilsgrundlagen hervorrufen. Die besondere Gestaltung des Verhältnisses zum Kunden (Spezialkunde — Durchschnittskunde) muß allerdings wesentlich in jedem einzelnen Falle besonders berücksichtigt werden.

Aus der Art unserer Begründung heraus kann sich in Ausnahmefällen eine Einschränkung der zulässigen vergleichenden Reklame gegenüber der nach dem Reichsgericht als Abwehr erlaubten ergeben, da die Abwehr ja nicht derartig wesentlich auf den inneren geistigen Zusammenhang zwischen Handlung (Angriff) und Gegenhandlung (Abwehr) abzustellen hat wie wir. Der gegebene Spielraum für die Erwiderung ist, da wir nur eine Aufklärung als zulässig ansehen, geringer. Für die Vielzahl der praktisch vorkommenden Fälle ist aber das Ergebnis gemäß beider Begründungen identisch.

Damit nun die erwartete Wirkung der ausnahmsweise zulässigen vergleichenden Reklame tatsächlich auch eintritt, bedarf es einer scharfen Kontrolle über das Maß und die Art ihrer Anwendung. Hier gilt im Ergebnis grundsätzlich dasselbe, was das Reichsgericht für alle Fälle der zugelassenen vergleichenden Reklame, insbesondere aber für die Abwehr, forderte. Einige Punkte müssen wir aber im Rahmen unserer abweichenden Begründung besonders hervorheben.

Die vergleichende Bezugnahme auf die Leistungen des anderen darf nur so weit gehen, als die Gefahr der Fehlleitung des Urteils des Publikums gegeben bzw. soweit diese zur berechtigten Werbung für die eigene Ware notwendig ist. Dies ist identisch mit dem für die Abwehr geltenden Grundsatz der „Erforderlichkeit" und „Geeignetheit". Hieraus ergibt sich auch ganz natürlich, daß die Aufklärung zu der sie veranlassenden Handlung in einem engen Zeitzusammenhang stehen muß („Gegenwärtigkeit"). Die von uns schon kritisierte

Forderung der Subsidiarität der Abwehr ist für unseren Fall der zulässigen vergleichenden Reklame von vorneherein gegenstandslos, da es sich ja um eine wettbewerbsgemäße Maßnahme handelt. Im übrigen kann ein Aufklärungsinteresse nur durch Mitteilung der betreffenden Tatsachen an die befaßten Personen und nicht durch eine Gerichtsverhandlung befriedigt werden.

Oberste Richtschnur für die Aufklärungshandlung ist aber der Grundsatz der Wahrheit und Sachlichkeit. Sachlichkeit und Wahrheit im Sinne einer Vermeidung jeglicher Gehässigkeit und Anzüglichkeit oder positiven Unwahrheit ist allerdings eine Selbstverständlichkeit. Sachlichkeit und Wahrheit bedeuten hier genaue Darstellung eines wahren Sachverhalts, präzise Tatsachenmitteilung, im Gegensatz zu ungenauen, bloßen Werturteilen. Nur dann wird das Publikum zum Nachdenken, zum Gebrauch seiner Urteilskräfte veranlaßt, und nur dann hat der Vergleich eine psychologisch beruhigende, aufklärende Wirkung.

Was das Reichsgericht in seiner Entscheidung JW. 37/689 anläßlich des Vergleichs auf Aufforderung des Kunden hin ausgesprochen hat, erheben wir auch für die jetzt betrachteten Fälle zur ausdrücklichen wesentlichen Voraussetzung des Eingehens auf die fremde Leistung. Dort hieß es, daß ein solcher Vergleich sachlich in dem Sinne sein müsse, daß dem Kunden durch vollständige Angabe der Tatsachengründe die Möglichkeit gegeben werden müsse, das Urteil, das durch den Vergleich ausgesprochen wird, selbständig nachzuprüfen, daß allgemeine Redensarten, wie „nichts ausrichten können", „Zeitverschwendung" (ergänze: die Bezeichnung der Ware des Konkurrenten als „völlig unbrauchbar", „viel schlechter", „nicht zu vergleichen mit..." usw.) niemals statthaft seien.

Auch noch eine weitere Richtlinie stellen wir mit Rücksicht auf die von uns verlangte psychologische Wirkung des Vergleiches auf.

Baumbach, der die Wichtigkeit der psychologischen Wirkung einer Wettbewerbshandlung für ihre rechtliche Beurteilung erkannt hat, sagt im Rahmen der Anwendung des Abwehrgedankens „immer muß die Abwehr als solche kenntlich sein, sonst faßt sie der, welcher den Angriff nicht kennt, als Angriff auf und sie ist als Angriff zu beurteilen". (NB. Letzteres steht nicht ganz im Einklang mit der Erforderlichkeit der Abwehr; denn wer vom Angriff keine Kenntnis hat, darf auch nicht mit einer Abwehrhandlung befaßt werden.) Ist eine Abwehrhandlung nicht als solche kenntlich, so löst sie die gleiche verwirrende Wirkung wie der Angriff aus, sie kann also nicht klären. Das ist aber nach Baumbach die Hauptaufgabe der Abwehr (Anmerkung 4 H zu § 1).

Diese Sätze Baumbachs, die u. E. trotz anderer Wortwahl aus einer ähnlichen Grundhaltung zum Problem der Abwehr wie die unsrige herstammen,

bedeuten im Rahmen unserer Darlegungen, daß bei dem ausnahmsweise erlaubten Vergleich immer eine Gesamtdarstellung des Tatbestandes erfolgen muß, also auch die Darstellung der zum Vergleich führenden Umstände. Dies nimmt dem Vergleich in hohem Maße seine aggressive Note und dient zur Vereinigung der Atmosphäre.

Nun können wir auch unser Beispiel von S. 67, dessen Lösung wir auf S. 70 noch aufgeschoben haben, zu Ende führen. In seiner Erwiderung hätte B zunächst einmal das Unfaire und Gehässige der Werbungsart seines Konkurrenten A anprangern können. Dann hätte er die Unwahrheit der Anwürfe dartun, und, wenn dies der Fall war, darauf hinweisen können, daß gerade er, der B, die ihm vorgeworfenen Mängel im Gegensatz zu A durch seine besondere Fachkenntnis hätte zu beseitigen gewußt, so daß seine Maschinen das Beste und Neueste auf dem Gebiet darstellten. Eine solche Erwiderung ist sauber und wirksam.

Komplikationen, wie sie für die Notwehr-Abwehrlehre durch die Verletzung unbeteiligter Dritter auftreten, entstehen hier nicht, da die zugelassene Reklame ja wettbewerbseigen von vorneherein ist. Mag der Vergleich manchmal einen Dritten ganz unschuldig treffen und für ihn unangenehme Folgen haben, so kann hieraus doch kein Einwand gemacht werden, denn dasselbe wäre vom Systemvergleich, dem notwendigen Vergleich usw. zu sagen. Nicht die Lästigkeit einer Wettbewerbshandlung stempelt sie zur sittenwidrigen.

Mit den die Gesamtuntersuchung abrundenden Ausführungen dieses Kapitels dürften wir nun genügenden Beweis dafür erbracht haben, inwiefern bei der sachlichen und wahren vergleichenden Reklame „zur Abwehr", um die betreffenden Tatbestände mit dem alten, eingeführten Schlagwort kurz zu bezeichnen, eine innere ethische Umwandlung vor sich geht, die die vergleichende Reklame im besonderen Fall von vorneherein, ohne theoretischen Umweg, zu einer wettbewerbseigenen, wettbewerbsgemäßen Handlung macht. Einen neuen Namen für diese Tatbestände zu prägen, da der alte nach unseren Ergebnissen nicht mehr paßt, halten wir trotzdem nicht für empfehlenswert, nachdem dieser Begriff in der Rechtsprechung derart eingebürgert ist. Besonders zu berücksichtigen ist noch, daß das Reichsgericht im großen und ganzen mit größter Sicherheit den richtigen Weg trotz falscher Begründung und falscher Etikette, ja im Widerspruch zu den von ihm selber aufgestellten Rechtskonstruktionen (man denke etwa an das absolute Recht am eingerichteten Gewerbebetrieb) von jeher innegehalten hat, und sich nie von der Literatur dazu verführen ließ, aus der einmal aufgestellten Norm weitere Normen durch begriffsjuristische Schlußfolgerungen abzuleiten. Die Rechtsprechung ist in ihrem Ergebnis derart eindeutig und richtig, daß die Beunruhigung eines Versuchs zur Prägung

eines neuen Schlagwortes nicht in Kauf genommen werden kann, zumal das Wettbewerbsrecht an solchen bestrittenen Begriffen reich ist.

5. Die Abwehr und der neue Entwurf zum Strafgesetzbuch

Grundsätzlich ist für die Frage, wie sich das Abwehrproblem unter der Herrschaft der Notwehrvorschläge des Entwurfs gestalten werde, festzustellen, daß die von uns gefundene Lösung der Abwehr durch die vorgesehenen Änderungen nicht beeinflußt wird; wir fußen ja nicht auf einer so oder so gearteten Gestaltung der Notwehrbestimmungen, sondern gelangen ganz allgemein auf Grund der im Wettbewerbsrecht absolut vorherrschenden Interessen der dem Einzelnen übergeordneten Gemeinschaft zur Ablehnung einer die Rechtsordnung verletzenden Abwehr des einzelnen Mitbewerbers. Das bisherige Hauptgebiet der Abwehr, nämlich die Abwehr durch vergleichende Reklame, erkannten wir als ein solches, wo nicht mit dem Unrechtskompensationsgedanken argumentiert zu werden braucht, weil es sich dort um von vorneherein wettbewerbsgemäße Maßnahmen handelt. Daß somit den billigen Interessen des Einzelnen und der Gemeinschaft gedient ist, kann nicht bestritten werden.

Falls man aber in der Frage des Verhältnisses des Einzelnen zur Gemeinschaft im Wettbewerb nicht die radikale Schlußfolgerung der gänzlichen Unterordnung der Belange des einzelnen unter die der Gemeinschaft ziehen will, so bietet sich auf Grund des Entwurfes eine andere Möglichkeit der rechtlichen Konstruktion, auf welche wir der Vollständigkeit halber im folgenden ausdrücklich hinweisen wollen.

Wir sprachen von einer möglichen Abweichung in der rechtlichen Konstruktion und meinen dies im Gegensatz zum sachlichen Endergebnis. Denn daran wird ja wohl niemand zweifeln, daß die vom Reichsgericht praktisch durchgeführte Rechtsprechung, um deren rechtliche Interpretierung wir uns hauptsächlich bemühten, im wesentlichen das richtige trifft. Auch können wir es auf Grund unserer bisherigen Ausführungen wohl als bewiesen ansehen, daß das Interesse der Allgemeinheit der vorherrschende Gesichtspunkt im Wettbewerbsrecht geworden ist.

Doch könnte die Meinung vertreten werden, daß dem Einzelnen grundsätzlich auch jetzt noch ein Notwehrrecht zusteht, dieses aber beschränkt werde, soweit es Belange der Allgemeinheit verletze; diese Beschränkung könnte soweit gehen, daß praktisch kaum jemals Notwehrhandlungen vorkommen würden, mit Ausnahme z. B. der vergleichenden Reklame in Abwehr im Sinne des Reichsgerichts, da diese infolge ihrer Sachlichkeit nicht geeignet erscheine, Belange der Allgemeinheit zu schädigen. Schließt sich der diese Meinung Ver-

tretende bezüglich der vergleichenden Reklame unserer im Kapitel XII entwickelten These über die vergleichende Reklame an, so ist die dem Einzelnen zustehende Notwehr lediglich ein virtueller Vorbehalt, ein theoretisch-rechtlicher Konstruktionsgedanke.

Wir haben eingehend in Kapitel VIII bewiesen, daß die herrschende Notwehrlehre de lege lata eine solche praktische Aufhebung der Notwehr nicht begründen kann. Doch welche rechtliche Möglichkeit bietet der Entwurf?

Der neue Notwehrparagraph, wie er in der zweiten Lesung formuliert wurde, hat folgenden Wortlaut:

> Wer Notwehr übt, handelt recht.
>
> Notwehr ist die Verteidigung, die nach gesundem Volksempfinden erforderlich ist, und ausgeübt wird, um einen gegenwärtigen, rechtswidrigen Angriff von sich oder einem anderen abzuwenden usw.

Die zweite Lesung stellt gegenüber der ersten insofern einen Fortschritt dar, als der Begriff des gesunden Volksempfindens in die eigentliche Notwehrdefinition hereingenommen wurde, während die erste Lesung in unscharfer Weise lediglich für die Frage des Mißbrauchs der Notwehr hierauf abstellte. Objektive und allgemeine Voraussetzung für die Notwehr ist sonach, daß sie dem gesunden Volksempfinden entsprechen muß. Es entscheiden also die konkreten Umstände des einzelnen Falles für die Zulassung der Notwehr, und zwar hinsichtlich des Ob und des Wie. Literaturangabe S. 30—31.

Somit wäre in sehr einfacher, allerdings die bisher bekannte Notwehr völlig verändernder Weise der Hauptübelstand der de lege lata jeder Notwehr-Abwehrlehre unüberwindliche Schwierigkeiten bereitete, nämlich die voraussetzungslose, zwangsläufige Zulassung sämtlicher zur Abwehr eines Angriffs erforderlicher Mittel (z. B. auch der unwahren) im Grundsatz beseitigt.

Nachdem durch unsere grundsätzlichen Ausführungen über die wesentlichen Werte des Wettbewerbs klargestellt ist, daß jede unlautere Wettbewerbshandlung die Interessen der Allgemeinheit empfindlich verletzt, würden wir es für unbedenklich halten, jede unlautere Wettbewerbshandlung auch in der Abwehr — von besonderen Fällen abgesehen, zu denken ist an die von uns im Kapitel X erörterten Fälle — als gegen das gesunde Volksempfinden verstoßend zu erklären.

Wie sich dieser Begriff des gesunden Volksempfindens im einzelnen auswirken wird, braucht hier nicht noch einmal ausgeführt werden, die Erörterungen der vorhergehenden Kapitel sind hier sinngemäß zu vergleichen.

Schluß

Die systematische Behandlung der Abwehr im Wettbewerbsrecht erschien uns bei der ihr in der Rechtsprechung angediehenen mageren und mißverständlichen rechtlichen Fundierung eine lohnende Aufgabe. Vor allem war uns aber daran gelegen, die von der Notwehr-Abwehrlehre begonnene aber steckengebliebene Auseinandersetzung über den Zusammenhang der Abwehr im Wettbewerbsrecht und der Notwehr zu Ende zu führen. Hierbei hatten wir zwei Gefahren zu begegnen, die des öfteren in der wettbewerbsrechtlichen Wissenschaft störend auftreten; und zwar ist die eine Gefahr darin zu sehen, daß gar zu leicht eigene Wettbewerbs-Rechtsbegriffe aufgestellt werden, indem man rein vom wettbewerblichen Tatbestand ausgeht, — so entstand der unklare Sonderbegriff der „Abwehr im Wettbewerbsrecht". Die andere Gefahr liegt umgekehrt darin, daß Tatbestände des Wettbewerbs unbesehen ihrer Eigenart unter einen aus dem allgemeinen Zivil- oder Strafrecht entnommenen Begriff gepreßt werden.

Das Problem der Abwehr hat uns aber des weiteren auf eines der grundlegendsten Probleme des Wettbewerbs, nämlich auf die Frage nach dem geschützten Rechtsgut, geführt. Hier waren überholte, aber teilweise noch weiterhin aufrechterhaltene Anschauungen zu beseitigen und Ansätze einer neuen Anschauung zu einem Gesamtbild zu vereinigen. Gleichzeitig konnten wir die Anwendung der neuen Grundgedanken auf ein konkretes Problem der Wettbewerbswissenschaft zeigen. Somit glauben wir auch einen Beitrag zu der notwendigen positiven Neuorientierung des gesamten Wettbewerbsrechtes geleistet zu haben.

Es mag noch vermerkt werden, daß der vom Verfasser in seinem Aufsatz „Die Bekanntgabe von gerichtlichen Entscheidungen in Sachen des gewerblichen Rechtsschutzes zur Abwehr" (Tägliche Fragen des Wettbewerbs für den Unternehmer, von O. Blessing, Stuttgart, 1938) vertretene Standpunkt, der im wesentlichen sich auf die Übernahme der herrschenden Abwehrlehre beschränkt, selbstverständlich nicht mehr aufrechterhalten wird.

Literaturverzeichnis

Verfasser von Aufsätzen, die in Zeitschriften erschienen sind, werden im Text zitiert. Die mit einem * versehenen Schriftsteller sind nichtarisch. Angabe nach „Verzeichnis jüdischer Verfasser juristischer Schriften" 1936. 2. Aufl. W. Kohlhammer, Stuttgart

Baumbach: Kommentar zum Wettbewerbsrecht 1. und 2. Auflage. Berlin 1929, 1931. Wettbewerbs- und Warenzeichen-Recht 3. u. 4. Auflage. München 1936, 1938.

*Becher: Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb. München 1932.

Boehm: Wettbewerb und Monopolkampf. Berlin 1933.

*Callmann: Der unlautere Wettbewerb. 2. Aufl. Mannheim 1932.

Elster: Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb. 9. Aufl. Berlin 1932.

Enneccerus-Lehmann: Recht der Schuldverhältnisse 11. Bearb. Marburg 1930.

Frank: Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 16. Aufl. Tübingen 1925.

Geiler: Die Konkretisierung des Rechtsgebotes der guten Sitten im modernen Wirtschaftsrecht. Festgabe für Albert Pinner. Berlin 1932. Moderne Rechtswandlungen auf dem Gebiete des Privatrechts.
Beiträge zum Wirtschaftsrecht I. Band.

Jäger, Hartwig: Das gemeine Wohl als Rechtsgut des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb, Heidelberger Diss. 1935.

Jäger, Wilhelm: Das Anwendungsgebiet der Notwehr. Heidelberger Diss. 1906.

Jesse: Die Tragweite der Notwehr. Leipziger Diss. 1928.

*Isay, Hermann: Das Rechtsgut des Wettbewerbsrechts. Berlin 1933.

Keins: Das geschützte Rechtsgut bei der Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs. Breslauer Diss. 1935.

Kommentar von Reichsgerichtsräten: Bd. 1. Berlin-München 1939.

Liszt-Schmidt: Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 26. Aufl. Berlin-Leipzig 1932.

Mezger: Strafrecht 2. Aufl. Berlin-Leipzig 1933.

Muscheidt: Persönlichkeitsschutz und Wettbewerbsrecht. Frankfurter Diss. 1934.

Nerreter: Allgemeine Grundlagen eines deutschen Wettbewerbsrechtes. Berlin 1936.

Reimer: Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht. Band I. 1933, Band II. 1935. Berlin.

Ridder: Die Gegenwärtigkeit des Angriffes im Falle der Notwehr. Kölner Diss. 1931.

Rilk: Judentum und Wettbewerb. Heft 9 der Schriftenreihe: Das Judentum in der Rechtswissenschaft. Berlin.

*Rosenthal: Wettbewerbsgesetz 6. Aufl. Berlin 1927.

Rudloff-Blochwitz: Das Recht des Wettbewerbs. Berlin 1938.

Carl Schmitt: Ueber die 3 Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens. Hamburg 1934.

Schwarz: Kurz-Kommentar zum Strafgesetzbuch. München 1936 und 1939.
Sommerfeld: Ist Notwehr zur Verteidigung sämtlicher Rechtsgüter zulässig? Kieler Diss. 1934.

Zeitschriften, Entscheidungssammlungen

Amtl. Sammlung der Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen. (RGZ)
Archiv für Wettbewerbsrecht (AWR)
Deutsche Juristenzeitung (DJZ)
Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (GRUR)
Juristische Wochenzeitschrift (JW)
Kartellrundschau
Markenschutz und Wettbewerb (MUW)

Lebenslauf

Am 2. Dezember 1913 wurde ich als Sohn des damaligen Direktors der Daimler-Motorengesellschaft, Stgt.-Untertürkheim, und jetzigen Rechtsanwalts Dr. Gregor Sekler und seiner Ehefrau Franziska, geb. Bühler, in Stuttgart geboren. Ich besitze die deutsche Staatsangehörigkeit. Nach Besuch des Karls-Gymnasiums und Eberhard-Ludwig-Gymnasiums in Stuttgart siedelte ich 1925 auf die damalige deutsche Auslandschule „Gymnasium Stella Matutina" in Feldkirch über, wo ich 1931 die deutsche Reifeprüfung bestand.

Zum Studium der Rechtswissenschaft verweilte ich zwei Semester in Bonn, zwei in Berlin und anschließend fünf Semester in Tübingen. Ferner verbrachte ich ein Semester an der Universität Grenoble zum Studium der französischen Sprache. Am 31. Januar 1936 bestand ich in Stuttgart die erste juristische Staatsprüfung.